

كتاب التوسط (بين الشافعي والمزني)

أَمْلَاهُ بِمَضَرَّ شَيْخِ الشَّافِعِيَّةِ
أَبُو إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ أَحْمَدَ الْمَرْزُوقِي
(ت ٣٤٠)

تَحْقِيقُ
أَبِي عَامِرٍ عَبْدِ اللَّهِ شَرْفِ الدِّينِ الدَّاعِسْتَانِي



دار فارس
لِبَحْثِ الْفَرَاسِ وَتَأْصِيفِ الْفَرَاسِ

كِتَابُ التَّوَسُّطِ
بَيْنَ الشَّافِعِيِّ وَالْمَزَنِيَّ

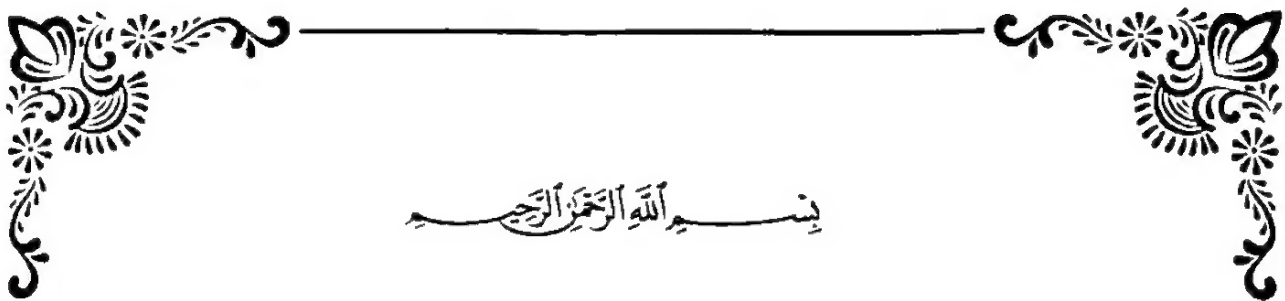
كِتَابُ التَّوَسُّطِ يُونُسُ (بَيْنَ الشَّافِعِيِّ وَالْمَزْنِيَّ)

أَمْلَاهُ بِمَضَرَّ شَيْخِ الشَّافِعِيَّةِ
أَبُو إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ أَحْمَدَ الْمَرْوَزِيَّ
(ت ٣٤٠)

تَحْقِيقُ
أَبِي عَامِرٍ عَبْدَ اللَّهِ شَرْفِ الدِّينِ الدَّاعِشْتَانِيَّ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي لَهُ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَلَهُ الْحَمْدُ فِي الْآخِرَةِ وَهُوَ الْحَكِيمُ الْخَبِيرُ﴾
﴿١﴾ يَعْلَمُ مَا يَلْجُ فِي الْأَرْضِ وَمَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَمَا يَعْرُجُ فِيهَا وَهُوَ الرَّحِيمُ
الْغَفُورُ ﴿٢﴾ [سبأ: ١-٢].

وَصَلِّ اللَّهُمَّ وَسَلِّمْ عَلَى الْمَبْعُوثِ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ، وَعَلَى عِتْرَةِ الطَّيِّبِينَ
الطَّاهِرِينَ، وَصَحَابَتِهِ الْغُرِّ الْمِيَامِينَ، وَوَرِثَتِهِ الْعُلَمَاءِ الْعَامِلِينَ.

«اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ الْقَوْلِ كَمَا أَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ الْعَمَلِ، وَأَعُوذُ بِكَ
مِنَ التَّكَلُّفِ لَمَّا لَا أَحْسَنَ كَمَا أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْعَجَبِ بِمَا أَحْسَنَ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنَ
السَّلَاطَةِ وَالْهَذَرِ كَمَا أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْعِيِّ وَالْحَصَرِ».

وبعد:

فهذا كتاب «التوسط بين الشافعي والمزني» للإمام شيخ الشافعية أبي إسحاق
إبراهيم بن أحمد المروزي أنعم الله على الأمة الإسلامية بحفظ نسخته من
الضياع، وأتم نعمته بتحقيقه ونشره ليكون في متناول الراغبين فيه، واستعملني فيه
فجعلني السبب الواصل بينه وبين الناس.

والكتاب هو الأثر الوحيد الذي عُلم أنه وصلنا من آثار أبي إسحاق المروزي،
ونظرا لأن أبا إسحاق من أجل تلامذة ابن سريج وأبرز أصحاب الوجوه فالكتاب
يفتح مجالا واسعا للدراسات الوافية عن شخصيته العلمية للراغبين في ذلك.

وقد بناه أبو إسحاق على كتاب «المسائل المعتبرة على الشافعي»، وهو الكتاب
الذي أودع فيه أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني ملكته الاجتهادية، وهو كذلك
الكتاب الذي ضمنه المزني مخالفاته للشافعي واعتراضاته، تلك الاعتراضات

التي شغلت الأصحاب الشافعية من بعده في تعليقاتهم على «المختصر المزني»
إيرادا لها وردا عليها.

ولقد وجدت أغلب الدراسات المعاصرة عن المزني والمعنية بأثره في الفقه
الشافعي تنطلق من كتاب «المختصر»، والذي لم يعن فيه المزني بالقصد الأول
إلا بنقل علم شيخه الإمام الشافعي والتخريج على أصوله، مغفلين نصوص كتابه
الآخر «المسائل المعتبرة» التي تمثل بحق شخصيته الاجتهادية، ولا يخفى أن من
عذر أصحابها فقدان كتاب «المسائل» وغياب نصوصها عن مجال البحث، وفي
ما حفظه لنا «كتاب التوسط» من نصوص المزني المطولة عن كتاب «المسائل» ما
يدفع شيئا من هذا النقص ويسد جانبا من الخلل.

ويظهر من أسلوب المزني في «المسائل المعتبرة» ملاحظته على الأصحاب
الشافعية انتشار التقليد فيهم على خلاف ما أراد لهم الشافعي، فلا تكاد تقرأ
مسألة من مسائله إلا وجدت المزني يختمه بالدعوة إلى الاجتهاد، والإنكار على
التقليد، ويؤكد «أنَّ مذهب الشافعيّ إثَارُ الحقِّ عن التقليدِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ». وأبو إسحاق
المروزي في «التوسط» وإن كان بصدد الرد عليه ما اعتبره على الشافعي فإنه يوافقه
في هذه الدعوة ويؤيده، بل إن رده لم يكن إلا نتيجة اجتهاده ونظره في الأدلة،
ولكن بعقريّة وبراعة وتفوق وعمق ظاهر يأخذ بالألباب.

ومن هنا كان كتاب «التوسط» بمتنه وشرحه كتاب اجتهاد ونظر، يتلمس قارئه
كيف يكون الاستدلال والتعليل لدى المجتهدين، فيأخذ المسألة مقرونة بأدلتها،
وينظر في الأدلة نظر الغائص على معانيها وعللها، ويضبط الأبواب بأصولها
وقواعدها، ويدرس الأحكام بعلمها ومقاصدها، وعلى حسب اتفاقها واختلافها
يجمع بين الشيتين أو يفرق بين النظائر، ويرى الفقه جسدا متكاملا متماسكا لا
توزيع فيه ولا تقطيع، يُحكّم بناءه سياج من الأصول والقواعد الجامعة لفروعه

المتشعبة، ويسري في أوصاله روح العلل والمقاصد، فيرجى لمن تشبع بقراءة هذا الكتاب أن يكتسب حب الاجتهاد وملكتها من جهة، وعدم الجراءة عليه واستسهال شأنه من جهة أخرى.

ولقد مَنَّ الله عليَّ بتحقيق كتاب «المختصر» للإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني والتعليق عليه، وقدّمت له بمقدمات جعلتها بمثابة المدخل إليه والمرشد إلى طرائقه، وقمت فيها بحصر ما بلغه علمي من جهود العلماء الشافعية المباشرة على الكتاب، وخلال بحثي في ثبوت المؤلفات التي تدور في فلك «المختصر» وقعت على كتاب «التوسط بين الشافعي والمزني».

لم أطلع على حقيقة الكتاب ومضمونه، وإنما تعرفت عليه من خلل الاسم والعنوان، ومعارف أخرى أخذتها من كتب التراجم، لم تكن تلك المعارف وافية تروي الغليل، لكن الكتاب بما تبَيَّنْتُ من فضائله شغفني وصار شَجَنِي وشَجَاي، وَمَنِّيتُ نفسي بالعثور عليه وعقدت بالله الرجاء والآمال، وما خاب من حسن ظنِّه بالله.

فهذا تأويل ذياك الرجاء أقدمه لإخواني معشر المتفقهين، وأقدم بين يديه بآبواب خمسة مداخل إليه:

الباب الأول في ذكر ترجمة أبي إسحاق المروزي.

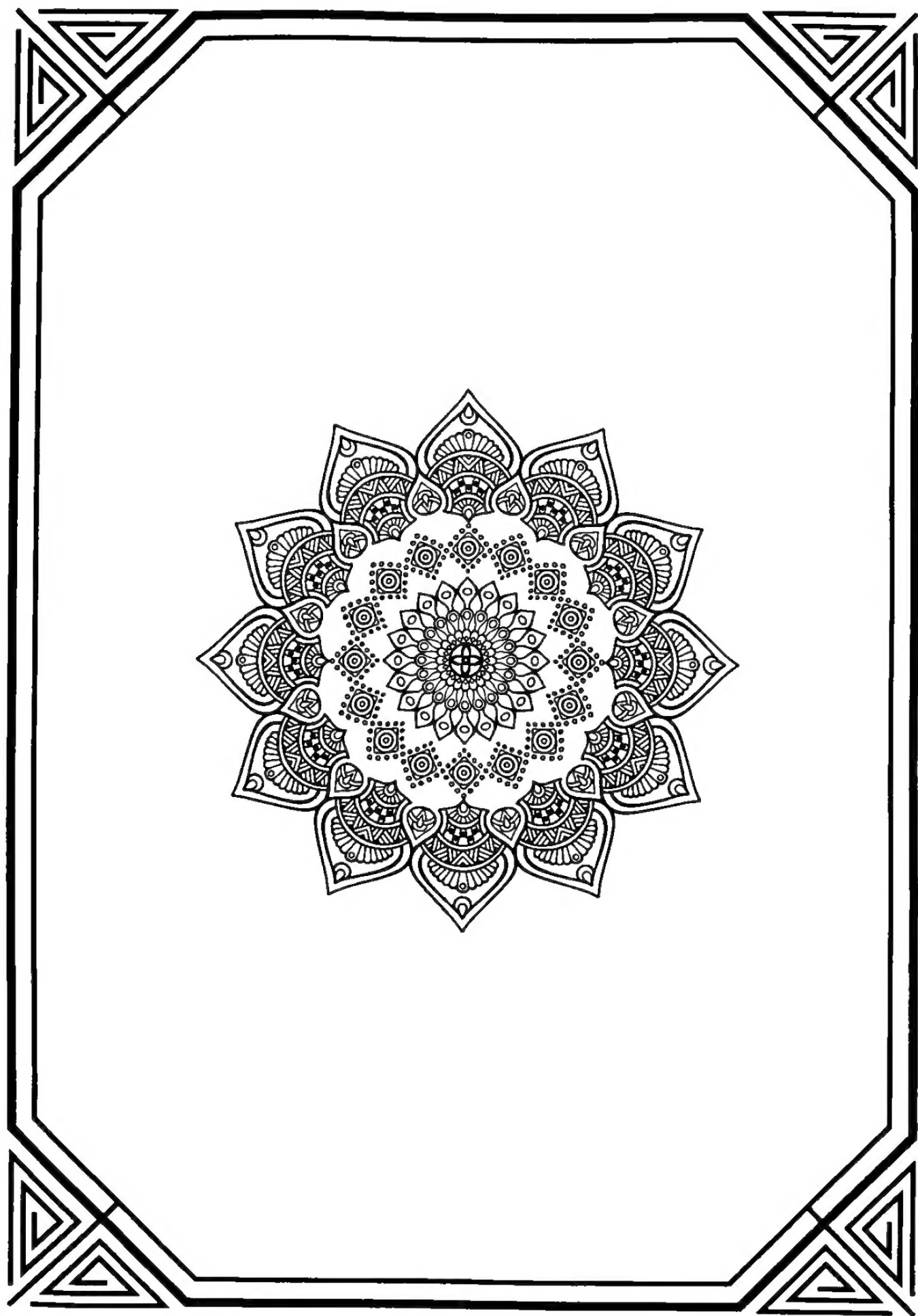
الباب الثاني في الكلام على كتاب التوسط.

الباب الثالث في ذكر قصة اعتراضات المزني على الشافعي.

الباب الرابع في ذكر دائرة معارف كتاب التوسط.

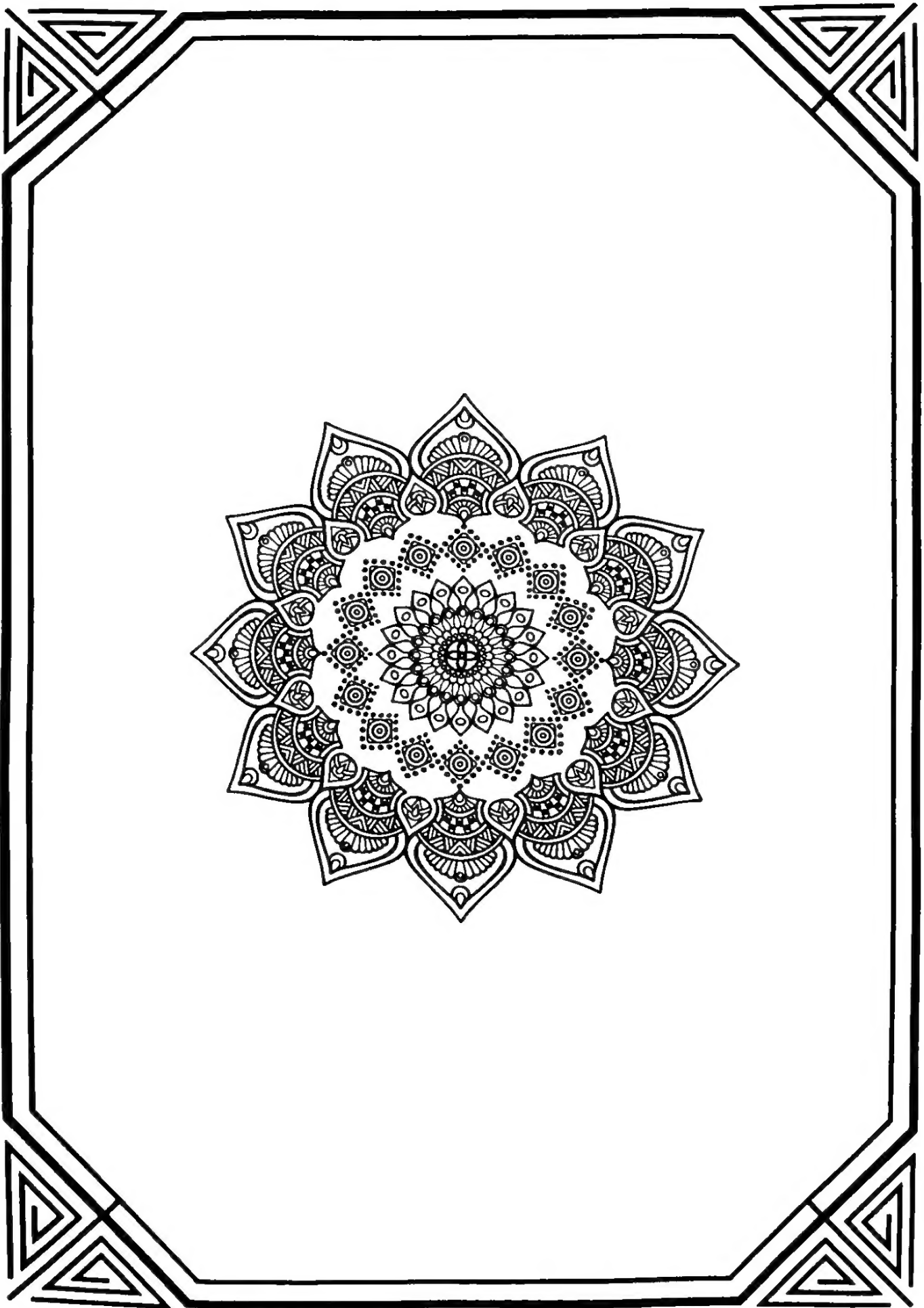
الباب الخامس في بيان عملي في تحقيق الكتاب.







قسم الدراسة



الباب الأول

في ذكر ترجمة أبي إسحاق المروزي^(١)

○ الاسم والنسب والنسبة:

هو الفقيه الشافعي أبو إسحاق إبراهيم بن أحمد بن إسحاق المَرْوَزِيُّ
الْخَالِدِابَاذِيُّ.

(١) مما ينبغي التنبيه إليه أن أبا إسحاق على كبر قدره وعمق أثره وكثرة ترداد اسمه لدى الشافعية لم يحظ بما يناسبه من كشف مناحي سيرته، فكان لا بد من تتبع ما تبث من المعلومات التاريخية عنه، وقد حاولت ذلك واجتهدت بما يناسب مساحة التقديم لهذا الكتاب، وممن ترجم له على الترتيب التاريخي:

- ١- «روضة المنتهى» لأبي الطيب الطبري (ت ٤٥٠). (مخطوط).
- ٢- «طبقات الفقهاء الشافعية» لأبي عاصم العبادي (ت ٤٥٨).
- ٣- «تاريخ بغداد» للخطيب (ت ٤٦٣).
- ٤- «طبقات الفقهاء» لأبي إسحاق الشيرازي (ت ٤٧٦).
- ٥- «الأنساب» لأبي سعد السمعاني (ت ٥٦٢) (نسبة: خالداباذي).
- ٦- «المغني في الإنباء عن غريب المذهب والأسماء» لابن باطيش (ت ٦٥٢).
- ٧- «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي (ت ٦٧٦).
- ٨- «وفيات الأعيان» لابن خلكان (ت ٦٨١).
- ٩- «سير أعلام النبلاء» و«تاريخ الإسلام» للذهبي (ت ٧٤٨).
- ١٠- «طبقات الشافعية الوسطى» لابن السبكي (ت ٧٧١). (مخطوط).
- ١١- «طبقات الشافعية» و«المهمات» للإسنوي (ت ٧٧٢).
- ١٢- «طبقات الشافعيين» لابن كثير (ت ٧٧٤).
- ١٣- «طبقات الشافعية» لابن قاضي شعبة (ت ٨٥١).

قال النووي: «وحيث أطلق: (أبو إسحاق) في المذهب فهو المَرْوَزِيُّ، وقد يُقَيَّدُونَه بالمَرْوَزِيِّ، وقد يُطْلَقُونَه»^(١).

و«المَرْوَزِيُّ»: بفتح الميم، وسكون الراء، وفتح الواو، وبعدها زاء معجمة، نسبة إلى «مرو الشاهجان»، وهي إحدى كراسي خراسان، أربع مدن: هذه، ونيسابور، وهراة، وبلخ. إنما قيل لها «مرو الشاهجان» لتمييز عن مرو الروذ، و«الشاهجان»: لفظ عجمي تفسيره: «روح المَلِك»، ف«الشاه»: المَلِك، و«الجان»: الرُّوح، وعادتهم أن يقدموا ذكر المضاف إليه على المضاف، وزادوا في النسبة إليها زاءً كما قالوا في النسبة إلى «الرَّيِّ»: «رَازِيٌّ»، إلّا أنَّ هذه الزيادة تختصُّ ببني آدم عند أكثر أهل العلم بالنسب، وما عدا ذلك لا يزداد فيه الزاء، فيقال: فلان المَرْوَزِيُّ، والثوبُ وغيره من المتاع: مَرْوِيٌّ - بسكون الراء - . وقيل: إنه يقال في الجميع بزيادة الزاء، ولا فرق بينهما^(٢).

و«الْخَالِدِابَادِي»: بفتح الخاء، والذال المفتوحة المهملة بعد الألف واللام، والباء المنقوطة بواحدة بين الألفين، وفي آخرها الذال المعجمة، قال أبو سعد السمعاني: «هذه النسبة إلى خالدآباد، وهي قرية بمرو عند كوحج، وخربت الساعة»^(٣).

○ ولادته:

ولم تحدد المصادر تاريخ ولادة أبي إسحاق، بل إن ابن قاضي شهبة قال: «لا أعلم وقت مولده بعد أن تتبعته»^(٤).

(١) انظر ترجمة أبي إسحاق من «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي (٣٧٦/٢).

(٢) باختصار من «وفيات الأعيان» لابن خلكان (٢٧/١). وانظر «الأنساب» للسمعاني (٢٠٧/١٢).

(٣) انظر «الأنساب» لأبي سعد السمعاني (٢١/٥).

(٤) انظر «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبة (١٠٦/١).

ولعله يقصد بذلك تصريح المؤرخين به وتدقيقهم فيه، وإلا فقد تكلم الذهبي بما يمكن أن يتوصل من خلاله لمعرفة تاريخ مولده بالتقريب.

فذكر الذهبي أن أبا بكر ابن الحداد أسن من أبي إسحاق، وإن كان عاش بعد المروزي قليلاً^(١)، ومن المعلوم أن ابن الحداد ولد سنة وفاة المزني، وذلك سنة أربع وستين ومئتين، وعليه فيكون مولد أبي إسحاق بعد هذا التاريخ.

كما أن الذهبي لما ذكر تاريخ وفاته سنة أربعين وثلاثمئة قال: «ولعله قارب سبعين سنة»^(٢). فيكون تاريخ مولده على هذا في حدود سنة سبعين ومئتين.

○ تفقّهه في مَرّو:

وأيا كان تاريخ مولد أبي إسحاق المروزي فإن نشأته الأولى العلمية كانت بمدينة «مرو الشاهجان»، فقد ذكر أبو سعد السمعاني أنه تخرّج على أبي محمد عبدان بن محمد بن عيسى المروزي الجُنُوزيّ (ت ٢٩٣)^(٣)، وجُنُوزُ قرية من قرى مَرّو على خمسة فراسخ منها على طريق سرخس^(٤).

وقال أبو سعد السمعاني: «هو الذي أظهر مذهب الشافعيّ بمرو بعد أحمد بن سيّار، فإنَّ أحمد بن سيّار حمل كتب الشافعيّ إلى مرو، وأُعْجِبَ بها الناس، فنظّر في بعضها عبدان وأراد أن ينسخها، فمَنَعَهَا أحمد بن سيّار عنه، فباع ضيعةً له بجُنُوزِ، وخرج إلى مصر، وأدرك الربيع بن سليمان وغيره من أصحاب الشافعيّ، ونسخ كتبه على الوجه، وأدرك من الفقهاء والمشايخ ما لم يدرك غيره

(١) انظر «سير أعلام النبلاء» للذهبي (٤٢٩/١٥).

(٢) انظر «سير أعلام النبلاء» للذهبي (٤٢٩/١٥).

(٣) انظر «الأنساب» لأبي سعد السمعاني (١٨٢/٩).

(٤) انظر «الأنساب» لأبي سعد السمعاني (٣٥٦/٣).

وحمل عنهم، ورحل إلى الشام والعراق، وكتب عن أهل مصر، ورجع إلى مرو، وكان أحمد بن سيار في الأحياء، فدخل عليه مُسَلِّمًا ومُهَنَّئًا بالقدوم، فاعتذر عنه أحمد بن سيار من مَنعِ الكُتُبِ عنه، فقال عبدان: لا تعتذر، فإنَّ لك منَّة عليَّ في ذلك، وذلك أنك لو دفعت إليَّ الكتب كنتُ أقتصرُ على ذلك، وما كنتُ أخرجُ إلى مصرَ ولا كنتُ أدركتُ أصحابَ الشافعيِّ، وفَرَحَ بذلك أحمدُ بن سيار^(١).

قلت: مات أحمد بن سيار سنة ثمان وستين ومئتين، ومات عبدان سنة ثلاث وتسعين ومئتين، والفترة ما بين هذين التاريخين يشبه أن تكون فترة تخرج أبي إسحاق المروزي وتفقُّهه على عبدان، وهذه سلسلة في الفقه أعلى ما يقع لأبي إسحاق، فليس بينه وبين الشافعي سوى عبدان والمزني.

○ رحلته إلى بغداد وتفقهه بها:

وبعد أن تخرج بشيخه من بلدته أبي محمد عبدان المروزي قصد إلى مركز الخلافة دار السلام بغداد، فأقام منها في بعض دروب قطيعة الربيع حتى صار الدرب يعرف به وينسب إليه فيقال: «محلة المراوزة» أو: «درب المروزي»^(٢).

ومما يدل على أن رحلة أبي إسحاق إلى بغداد إنما كانت بعد تخرُّجه وانتظامه في سلك فقهاء عصره ما حُكي عن تلميذه أبي القاسم الدَّارَكِي أنه قال: سمعت

(١) انظر «الأنساب» لأبي سعد السمعاني (٣/ ٣٥٧)، وترجمة عبدان عند السمعاني في موضعين من كتاب «الأنساب»: أولهما: حال شرح نسبة «جُنُودِي» (٣/ ٣٥٦). والثانية: في مادة «عبدان» (٩/ ١٨٠).

(٢) «قطيعة الربيع» أحد قطائع بغداد المتفرقة، وهو موضع اقتطعه الربيع في أيام المنصور، وقد ذكرها السمعاني في «الأنساب» (١٠/ ٤٦٤) (نسبة: قَطِيعِي)، وأما «درب المروزي» منها ونسبته إلى صاحبنا فقد ذكره الخطيب البغدادي في «تاريخ بغداد» (٦/ ٤٩٩). وانظر «الأنساب» للسمعاني (١٢/ ٢٠٧) (نسبة: المروزي).

أبا إسحاق المروزي يقول: «لَمَّا دَخَلْتُ بَغْدَادَ لَمْ يَكُنْ بِهَا مَنْ يَسْتَحِقُّ أَنْ أَدْرُسَ عَلَيْهِ إِلَّا أَبُو الْعَبَّاسِ بْنُ سَرِيحٍ، وَأَبُو سَعِيدِ الْإِصْطَخْرِيُّ»^(١).

تَفَقَّهَ أَبُو إِسْحَاقَ عَلَى أَبِي الْعَبَّاسِ بْنِ سَرِيحٍ (ت ٣٠٦) حَتَّى صَارَ يَعْرِفُ بِهِ، وَتَفَقَّهَ أَبُو الْعَبَّاسِ عَلَى أَبِي الْقَاسِمِ الْأَنْمَاطِيِّ (ت ٢٨٨)، وَتَفَقَّهَ أَبُو الْقَاسِمِ عَلَى الْمَزْنِيِّ (ت ٢٦٤)، السُّنَدُ الْأَشْهُرُ وَالْأَكْثَرُ انْتِشَارًا بَيْنَ الْمُتَفَقِّهَةِ الشَّافِعِيَّةِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ نَزُولًا مِنَ الْإِسْنَادِ الْمَرْوُزِيِّ السَّابِقِ^(٢).

وَمِمَّا يَذْكُرُ عَنْ تَفَقُّهِ أَبِي إِسْحَاقَ عَلَى ابْنِ سَرِيحٍ مَا حَكَاهُ عَنْهُ تَلْمِيزُهُ أَبُو أَحْمَدَ مُحَمَّدَ بْنَ سَعِيدَ بْنَ مُحَمَّدَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي الْقَاضِي فَقَالَ: «حَضَرْتُ مَجْلِسَ أَبِي إِسْحَاقَ الْمَرْوَزِيِّ، فَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: قَالَ لَنَا الْقَاضِي أَبُو الْعَبَّاسِ بْنُ سَرِيحٍ: بِأَيِّ شَيْءٍ يَتَخَرَّجُ الْمَرْءُ فِي التَّعَلُّمِ؟ فَأَعْيَا أَصْحَابُنَا الْجَوَابُ، فَقُلْتُ أَنَا: بِتَفَكُّرِهِ فِي الْفَائِدَةِ الَّتِي تَجْرِي فِي الْمَجْلِسِ. فَقَالَ: أَصَبْتَ، بِهَذَا يَتَخَرَّجُ الْمُتَعَلِّمُ»^(٣).

وَأَمَّا ثَانِي شَيْخِيهِ الْبَغْدَادِيِّينَ أَبُو سَعِيدِ الْحَسَنِ بْنِ أَحْمَدَ الْإِصْطَخْرِيَّ (ت ٣٢٨) فَهُوَ مِنْ أَقْرَانِ ابْنِ سَرِيحٍ عُلَمَاءُ وَطَبَقَةٍ، وَيَدُلُّ لَذَلِكَ الْمُنَاطَرَةُ الَّتِي جَرَتْ بَيْنَهُمَا، وَرَوَاهَا صَاحِبُنَا أَبُو إِسْحَاقَ الْمَرْوَزِيُّ فَقَالَ: «سُئِلَ يَوْمًا أَبُو سَعِيدٍ عَنِ الْمَتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا هَلْ تَجِبُ لَهَا النِّفْقَةُ؟ فَقَالَ: نَعَمْ. فَقِيلَ لَهُ: لَيْسَ هَذَا مَذْهَبَ الشَّافِعِيِّ. فَلَمْ يُصَدِّقْ، فَأَرَوْهُ كِتَابَهُ، فَلَمْ يَرْجِعْ وَقَالَ: إِنْ

(١) أَخْرَجَهُ الْخَطِيبُ فِي «تَارِيخِ بَغْدَادَ» (٢٠٧/٨) عَنْ شَيْخِهِ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ الطَّبْرِيِّ فِيمَا حَكَاهُ لَهُ عَنِ الدَّارَكِيِّ.

(٢) هَذِهِ السَّلْسَلَةُ مَدَارُ عَامَةِ أَسَانِيدِ الشَّافِعِيَّةِ الْفُقَهَاءِ، وَقَدْ ذَكَرَهَا النَّوَوِيُّ فِي أَوَائِلِ «تَهْذِيبِ الْأَسْمَاءِ وَاللُّغَاتِ» (٨٤/١)، وَأَسْنَدُ طَرِيقِ عَبْدِ اللَّهِ السَّخَاوِيِّ فِي كِتَابِ «الْجَوَاهِرِ وَالْدُرَرِ» (١٣٢/١) وَهُوَ بِصَدَدِ ذِكْرِ أَسَانِيدِ الْحَافِظِ ابْنِ حَجَرٍ فِي الْفَقْهِ الشَّافِعِيِّ.

(٣) انْظُرْ «طَبَقَاتِ الشَّافِعِيَّةِ الْكُبْرَى» لِابْنِ السَّبْكِ (١٦٦/٣).

لم يكن مذهبه فهو مذهب عليّ وابن عباس». قال أبو إسحاق: «فحضر يوماً مجلس النظر مع أبي العباس بن سريج وتناظرا، فجري بينهما كلام، فقال له أبو العباس: أنت سُئِلْتَ عن مسألة فأخطأت فيها، وأنت رجلٌ كثرةُ أكلِ الباقلاء قد ذهب بدماعِكَ. فقال له أبو سعيد في الحال: وأنت فكثرةُ أكلِ الخلِّ والمُرِّي قد ذهب بدينِكَ»^(١).

ومما يدل على عظيم قدر أبي سعيد الإصطخريّ لدى أبي إسحاق ما حكى عن الداركيّ أنه قال: «ما كان أبو إسحاق المروزيّ يُفتي بحضرة أبي سعيد الإصطخريّ إلّا بإذنه»^(٢).

قلت: هذا على علو إسناد أبي إسحاق في الفقه الشافعي وتصدره في مجلس ابن سريج من جهة، وتأخر وفاة أبي سعيد من جهة أخرى، إلا أن هذا النص لا ينبغي الجمود على ظاهره، فإن أبا إسحاق وإن امتنع عن الإفتاء بحضرة أبي سعيد تأدُّباً، فلم يمتنع عن مخالفته فيما ظهر له خلافه اجتهداً ونظراً، وقد ذكر العبادي قوله: «إن جزءاً من الليل يجب صومه»، ثم قال: «وخالفه أبو سعيد»^(٣).

○ رياسته في العلم ومشخته:

ولا يخفى أن إماماً في مثل علم أبي إسحاق المروزي ورحلته وتقدم عصره وإقامته في بغداد عاصمة العلم قبل أن تكون عاصمة الخلافة لا بد أن يتوفر له من الشيوخ والأسانيد العدد الكثير.

(١) أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٨/ ٢٠٧) عن شيخه أبي الطيب الطبري فيما حكى له عن الداركي عن أبي إسحاق به. والمُرِّي: الذي يُوتَدَم به.

(٢) أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٨/ ٢٠٧) عن شيخه أبي الطيب الطبري فيما حكى له عن الداركي به.

(٣) انظر «طبقات الفقهاء الشافعية» للعبادي (ص: ٦٨).

وممن لقي بهم في بغداد علي بن إسماعيل بن أبي بشر أبو الحسن الأشعري (ت ٣٢٤)، غير أنه لم يكن لقاء تلميذ بشيخه بقدر ما كان لقاء النظير بالنظير، وقد ذكر ابن فورك مذهب الأشعري في أفعال النبي ﷺ أنها لا تدل على وجوب الاقتداء به ولا على حسن الاقتداء به، وأنه جرت بينه وبين أبي إسحاق المروزي وأبي بكر الصيرفي ببغداد في ذلك كلام كثير علقت المتفقهة عنه في وقته^(١)، بل إن الخطيب البغدادي ذكر أن أبا الحسن الأشعري «كان يجلس أيام الجُمُعات في حلقة أبي إسحاق المروزي الفقيه من جامع المنصور»^(٢).

وعليه فإن الثلاثة: أبو محمد عبدان المروزي، وأبو العباس بن سريج، وأبو سعيد الإسطخري، هم الذين يرجع لهم فضل نشأة أبي إسحاق وتكوينه العلمي.

واختص أبو إسحاق من بين هؤلاء الثلاثة بأبي العباس بن سريج «وأقام عنده حتى علق وحصل من الفقه ما حصل»^(٣)، وهو من أنجب وأجل أصحابه حتى صار يعرف به فيقال: «صاحب أبي العباس ابن سريج وأكبر تلامذته»^(٤).

وبعد وفاة أبي العباس بن سريج سنة ست وثلاثمئة انتهت رئاسة العلم في بغداد إلى أبي إسحاق، فأقام بها دهرًا طويلًا يدرس ويفتي، يخرج أصحابه ويُعلِّق تآليفه، ويمكن أن نعتبر هذه المرحلة ذروة مراحل حياته كثرة عطاء وعلو شأن، ومما يدل له شهادات المؤرخين التي تخص حياته في بغداد من بعد ابن سريج، وأورد هنا جملة صالحة منها.

(١) انظر «مجرد مقالات أبي الحسن الأشعري» لابن فورك (ص: ١٩٢).

(٢) «تاريخ بغداد» للخطيب (١٣ / ٢٦٠).

(٣) انظر «المغني» لابن باطيش (٢ / ٣٧).

(٤) انظر «طبقات الفقهاء» لأبي إسحاق الشيرازي (ص: ١١٢) و«سير أعلام النبلاء» للذهبي (٤٢٩ / ١٥).

فقال الخطيب: «أحد الأئمة من فقهاء الشافعيين، شرح المذهب ولخصه، وأقام ببغداد دهرا طويلا يدرس ويفتي، وأنجب من أصحابه خلق كثير»^(١).

وقال أبو إسحاق الشيرازي: «انتهت إليه الرياسة في العلم ببغداد، وشرح (المختصر)، وصنف (الأصول)، وأخذ عنه الأئمة، وانتشر الفقه عن أصحابه في البلاد»^(٢).

وقال أبو سعد السمعاني: «إمام الدنيا في زمانه». قال: «صنف (الأصول)، وشرح (المختصر) للمزني، وضرب الناس إليه أكباد الإبل من البلاد، وانتشر عنه علم الفقه، وتخرج عليه سبعون من مشاهير العلماء في البلدان»^(٣).

وقال النووي: «وحيث أُطلق أبو إسحاق في المذهب فهو المروزي، وقد يُقيدونه بالمروزي، وقد يطلقونه، وهو إمام جماهير أصحابنا، وشيخ المذهب، وإليه ينتهي طريقة أصحابنا العراقيين والخراسانيين». قال: «ونشر مذهب الشافعي في العراق وسائر الأمصار»^(٤).

وقال ابن باطيش: «إمام أهل عصره في الفتوى والتدريس، وأظهرهم بركة على أصحابه، شرح المذهب ولخصه، وكان ذا فكر دقيق، من أشد الناس استقلالاً بشرح المذهب، وأحذقهم في الكشف عما فيه من الغوامض والمشكلات، رحل إلى أبي العباس بن سريج وأقام عنده حتى علق وحصل من الفقه ما حصل، وصارت إليه بالعراقيين رئاسة العلم وإمامة الشافعيين بعد ابن سريج، وتخرج به العالم»^(٥).

(١) انظر «تاريخ بغداد» للخطيب (٦/٤٩٨).

(٢) انظر «طبقات الفقهاء» للشيرازي (ص: ١١٢).

(٣) انظر كتاب «الأنساب» للسمعاني (٥/٢١)، ويلاحظ أن بعض ما ذكره ابن السمعاني مأخوذ عن العبادي في «طبقات الفقهاء الشافعية» (ص: ٦٩).

(٤) انظر كتاب «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي (٢/٣٧٦).

(٥) انظر كتاب «المغني في الإنباء عن غريب المذهب والأسماء» (٢/٣٧).

وقال ابن خلكان: «الفقيه الشافعي، إمام عصره في الفتوى والتدريس، أخذ الفقه عن أبي العباس بن سريج وبرع فيه، وانتهت إليه الرياسة بالعراق بعد ابن سريج، وصنف كتباً كثيرة، وشرح (مختصر المزني)، وأقام ببغداد دهرًا طويلاً يدرس ويفتي، وأنجب من أصحابه خلق كثير»^(١).

وقال الذهبي: «شيخ المذهب، أقام ببغداد مدة طويلة يُفتي ويدرس، ونجب من أصحابه خلق كثير، شرح المذهب ولخصه، وصنف كتباً كثيرة، وانتهت إليه رئاسة المذهب بعد ابن سريج»^(٢).

وقال التاج السبكي: «فقيه المذهب، أحد أئمة الدين، وهو تلميذ أبي العباس ابن سريج، كان إماماً جليلاً، غوّاصاً على المعاني الدقيقة، بحراً خضماً، ورعاً، زاهداً، مُتَنَسِّكاً، له القدر العظيم الذي لا يخفى، والوفاء بقواعد الشافعي لا يَغْدُوها خطوة ولا يُنْكَرُ لإبراهيم إذا وفي، والقريحة التي لا ترتضي الذهب أن يكون شبهها، فكيف والناطق لا يشابه صامتان والورع الذي يتلو من شاهده: ﴿إِنَّ إِبْرَاهِيمَ كَانَ أُمَّةً قَانِتًا﴾ [النحل: ١٢٠]»^(٣).

وقال ابن كثير: «أحد أئمة المذهب، أخذ الفقه عن أبي العباس بن سريج، ثم انتهت إليه رئاسة المذهب في زمانه، وصنف كتباً كثيرة، وأقام ببغداد مدة طويلة يفتي ويدرس، وانتفع به أهلها، وصار له تلامذة كبار»^(٤).

وقال الإسنوي: «كان إماماً جليلاً، غوّاصاً على المعاني، ورعاً، زاهداً، أخذ

(١) انظر «وفيات الأعيان» لابن خلكان (٢٦/١).

(٢) باختصار من «تاريخ الإسلام» للذهبي (٤٩٩/٦)، ونحوه في «سير أعلام النبلاء» له (٤٢٩/١٥).

(٣) انظر «طبقات الشافعية الوسطى» لابن السبكي (مخطوط).

(٤) انظر «طبقات الشافعية» لابن كثير (٢٢٩/١).

عن ابن سريج، وانتهت إليه رئاسة العلم ببغداد، وانتشر الفقه عن أصحابه في البلاد»^(١).

وقال ابن قاضي شهاب: «انتهت إليه رئاسة المذهب في زمانه، وصنف كتباً كثيرة، وأقام ببغداد مدة طويلة يفتي ويدرس، وانتفع به أهلها، وصاروا أئمة»^(٢).

فهذه النصوص بمجموعها تتوارد على معان جليلة قام بها أبو إسحاق المروزي في هذه المرحلة من حياته، وأوردها هنا على ترتيبها بغية الاختصار.

فأولها: اشتغاله بالدرس والفتوى دهرًا طويلاً بعد ابن سريج حتى صار ذكره بين الناس، وقصده طلاب العلم من الأقطار.

والثاني: كثرة تأليفه في فنون العلم، وتصنيفه الأصول، ودقة معرفته بالقواعد، وشرحه المذهب وتلخيصه، ويعنون بالمذهب والله أعلم «مختصر المزني».

والثالث: مصيرُه شيخ المذهب الشافعي وإمام الشافعيين في زمانه، وهو دليل تميزه وتبريزه على الأقران.

والرابع: انتهاء رئاسة العلم إليه في بغداد والعراق أو العراقيين بتعبير ابن باطيش، ما جعل الناس يقصدونه للعلم ويضربون إليه أكباد الإبل، فينهلون من علمه ويتخرجون على يديه، ثم ينتشرون عنه في أرض الله، حتى تخرج به عالمٌ.

والخامس: انتشار الفقه عنه في البلدان حتى صار إمام الدنيا كما قال أبو سعد السمعاني، ولا عجب، فإن من نال الرياسة في العلم ببغداد بني العباس نالها في دنيا الناس كلها.

(١) انظر «المهمات» للإسنوي (١/٣٠٥).

(٢) انظر «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهاب (١/١٠٥).

فتلك خمسة معان تحققت لأبي إسحاق المروزي في مرحلته البغدادية، ما يدل على تحققه بعلم المذهب في هذه المرحلة، وقد عبر الإمام النووي رَحْمَةُ اللَّهِ عَنْ عَظِيمِ مَنْزِلَتِهِ بَيْنَ أَثْمَةِ الْمَذْهَبِ بِعِبَارَةٍ وَجِيزَةٍ كَافِيَةٍ فَقَالَ: «المتفق على عدالته وتوثيقه في روايته ودرايته»^(١).

وذلك أن المذهب نقل وعقل، وأبو إسحاق متفق على عدالته وثقته في جانب النقل والرواية وفي جانب العقل والدراية، ضابط لنصوص الإمام في مختلف كتبه، عارف بأصول التخريج وقواعده، وقلما يتفق الجمع بينهما لواحد، ولم تكن بغداد على فتنها وقلقلها في عصره بالبلد المساعد، لولا عزيمة له ثابتة وذهن متوقد، وقد حكوا عنه شعراً^(٢):

لا يَغْلُوَنَّ عَلَيْكَ الْحَمْدُ فِي ثَمَنِ فليس حمداً وإن أثمنتَ بالغالي
الْحَمْدُ يَنْقَى عَلَى الْآيَامِ مَا بَقِيَثُ وَيَذْهَبُ الدَّهْرُ بِالْآيَامِ وَالْمَالِ

○ تحوله إلى مصر:

كانت الدولة العباسية في عصر أبي إسحاق المروزي في فترة من فترات الضعف البالغ، فقد توزعت أقاليمها إلى دول مستقلة في الحكم والقرار وإن حافظت على تبعيتها في الشكل والأسماء.

وعظمت شوكة القرامطة الملحدين في اليمن وعمان والبحرين وبادية البصرة، بل هجموا على الحجيج في مكة واقتلعوا الحجر الأسود في سنة سبع عشرة وثلاثمئة، وفي سنة تسع عشرة نزلوا الكوفة، وخاف أهل بغداد من دخولهم إليها.

(١) انظر «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي (٣٧٦/٢).

(٢) ذكره ابن باطيش في «المغني» (٣٨/٢) عن الشيخ أبي حامد بن أبي طاهر، قال: كتب إلي قاضي مَرَبْدَ، أنه سمع أبا إسحاق المروزي يقول.

ومن جهة المشرق بدأ زحف آل بويه الدَّيَالِمَة الشيعيين، يلتهمون حواضر الخلافة مدينة مدينة، إلى أن دخلوا بغداد سنة أربع وثلاثين وثلاثمئة وفرضوا وصايتهم على الخلافة العباسية.

هذه الفتن والاضطرابات المتلاحقة جعل أبا إسحاق المروزي يقرر الرحيل إلى مصر، حيث كانت يحكمها الإخشيدون بتبعية شكلية للعباسيين، وكانت بعيدة عن متناول أيدي القرامطة من جهة، وخارج وصاية البويهيين الشيعة من جهة أخرى.

ومما يؤيد أثر هذه الفتن في رحلة الإمام إلى مصر نص المؤرخين على تاريخ هذه الرحلة بأنها كانت في سنة القرامطة، في إشارة واضحة لأثر تلك الفتن والاضطرابات في هذه الرحلة، غير أنه يبقى تحديد هذه السنة غير بَيِّن.

والمشهور من سِنِّي القرامطة على أهل الإسلام سنة سبع عشرة وثلاثمئة، غير أنه يعكر عليه نص المؤرخين على أن هذه الرحلة كانت في آخر عمر أبي إسحاق المروزي، وسيأتي أنه رَحِمَهُ اللهُ توفي سنة أربعين وثلاثمئة، فيبعد أن يكون سبع عشرة آخر عمره.

وعليه لم أتمكن من تحرير تاريخ هذه الرحلة بالدقة، إلا أنني أميل إلى أن ذلك كان فيما بعد تسلط البويهيين على بغداد، حيث اختل نظام الخلافة، وكثر الخلع والتنكيل بالخلفاء، وظهرت وانتشرت البدع والمنكرات، فيحتمل أن تكون رحلته بسبب من ذلك وعقبه.

وكيفما كان فقد رحل أبو إسحاق المروزي في أواخر عمره إلى مصر، وأُقْعِدَ في مجلس الشافعي رَحِمَهُ اللهُ وحلقته، واجتمع الناس عليه^(١)، وفي مصر أملى على

(١) انظر «طبقات الفقهاء الشافعية» للعبادي (ص: ٦٨-٦٩) و«الأنساب» لأبي سعد السمعي (٢١/٥).

الناس كتابه «التوسط»، فهو من أواخر ما ألفه إن لم يكن آخره^(١).

والتقى بمصر أبا بكر ابن الحدّاد (ت ٣٤٥) صاحب «الفروع»، ولذلك ذكره ابن خلكان رَحِمَهُ اللهُ ضمن تلاميذ أبي إسحاق، وقال الذهبي: «لعله جالسه وناظره، وإلا فابن الحدّاد أسن منه، ولكنه عاش بعد المروزي قليلا»^(٢).

○ محنته في السنة:

وفي مصر صنف المروزي كتابا في السنة، وقرأه بجامع مصر، وحضره آلاف، فجرت فتنة، فطلبه كافور، فاختفى، ثم أُذخِلَ إلى كافور، فقال: أما أرسلت إليك أن لا تُشهرَ هذا الكتابَ فلا تظهره؟ قال الذهبي: «وكان فيه ذكر الاستواء، فأنكرته المعتزلة»^(٣).

○ بلوغه رتبة الاجتهاد المطلق:

ومن نظر في كلام أبي إسحاق وتحسس منهجه في الفقه لا يخالجه أدنى شك في أنه يتفقه على طريقة الأئمة المجتهدين، دون تقيد بنص الإمام إذا قُدِّرَ مخالفته لمقتضى الدليل، وهو إذ يوافق الشافعي ويتبعه في مذهبه فلم يفعل ذلك تقليدا محضا له، وإنما نظرا وموافقة له في طرق الاستدلال، وقد ذكره الشيخ أبو إسحاق في «طبقاته» وترجم له، وظاهر كلامه في خطبتها أنه لم يذكر فيها سوى المجتهدين، فإنه قال: «هذا كتاب مختصر في ذكر الفقهاء، لا يسع الفقيه جهله؛ لحاجته إليه في معرفة من يعتبر قوله في انعقاد الإجماع، ويعتد به في الخلاف، وبدأت بفقهاء الصحابة، ثم بمن بعدهم من التابعين وتابعي التابعين، ثم بفقهاء الأمصار»^(٤).

(١) انظر خاتمة كتاب «التوسط».

(٢) انظر «سير أعلام النبلاء» للذهبي (٤٢٩/١٥).

(٣) انظر «سير أعلام النبلاء» للذهبي (٤٢٩/١٥).

(٤) انظر «طبقات الفقهاء» للشيخ أبي إسحاق الشيرازي (ص: ٣١).

قال السيوطي: «ظاهر صنعه أن كُلَّ مَنْ ذكره في هذا الكتاب فهو مجتهد؛ لأنه شرط في كتابه ذكر من يعتبر قوله في انعقاد الإجماع، ويعتد به في الخلاف، وهذا الوصف ليس إلا للمجتهد»^(١).

(ر) لحنه في العربية

ومما يذكر عن أبي إسحاق على جلالته قدره كثرة لحنه في العربية، أشار إليه أبو حيان في كتاب «البصائر والذخائر» فقال: «تكلم الدَّارَكِيُّ الفقيه يوماً في مجلس ابن معروف، وكان على قضاء القضاة - أعني: ابن معروف -، وكان ابن الدقاق يكلمه، فلحن الدَّارَكِيُّ، فقال له ابن الدقاق: لحت. فقال الدَّارَكِيُّ: رأيت أبا الفرج المالكي يناظر أبا إسحاق المروزي، فقال له في النظر: إنك تلحن، فلو أضلحت من لسانك. فقال له أبو إسحاق: هذا أول انقطاعك، لأنك تعلم أنني قد لحت قبل هذا مراراً فلم تُنكر عليّ، ولما لزمك المعنى الآن صرت تعيب عليّ اللفظ. ثم قال الدَّارَكِيُّ: أنا ألحن وألحن، ولكن كلّموني على المعاني إن كان لكم إليها سبيلا».

قال أبو حيان: «كذا قال، وقد مَضَغَ الدَّارَكِيُّ ذاتَ بَطْنِهِ بهذا الكلام، لأن المعاني ليست في جهة الألفاظ في جهة، بل هي مُتَمَازِجَةٌ متناسبة، والصحة عليها وقف، فمن ظن أن المعاني تخلص له مع سوء اللفظ وقبح التأليف والإخلال بالإعراب فقد دل على نقصه وعجزه»^(٢).

قلت: وقد وجدت تصديق رواية أبي حيان هذه في «كتاب التوسط»، فما أكثر ما خرج فيه من أساليب العرب، أو خالف المشهور من قواعد العربية.

(١) انظر «الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض» ضمن مجموع «أربع رسائل في الاجتهاد والتجديد للإمام جلال الدين السيوطي» (ص: ٢٤٨).

(٢) انظر «البصائر والذخائر» لأبي حيان (٦/٣٧).

○ وفاته:

وبمصر أدرك أبا إسحاق أجله، واختلفوا في تدقيق تاريخ وفاته.

فقال أبو الحسن محمد بن أحمد بن رزق: «توفي أبو إسحاق المروزي الفقيه بمصر لتسع خلون من رجب سنة أربعين وثلاث مائة، ودفن عند قبر الشافعي»^(١).

وقال الخطيب: «قرأت في كتاب محمد بن علي بن عمر بن الفياض أن الضحاك قال: توفي أبو إسحاق المروزي الفقيه بمصر بعد عتمة من ليلة يوم السبت لإحدى عشرة ليلة خلت من رجب من سنة أربعين وثلاث مائة، ودفن عند قبر الشافعي»^(٢).

وقال أبو الطيب الطبري أنه مات في شعبان سنة أربعين وثلاثمائة^(٣).

والأول هو الذي رجحه ابن باطيش^(٤)، وابن خلكان^(٥)، والذهبي^(٦)، ويظهر أنه الذي يميل إليه الخطيب حيث قدم بذكره.

○ آثاره ومؤلفاته:

وهنا يحسن بنا أن نلقي نظرة شاملة لما أمكن معرفته من آثار هذا الإمام العلم ومصنفاته، وقد ذكرنا نصوص مترجميه على كثرة تأليفه، وسأذكر منها ما بلغه علمي.

(١) أخرجه عنه البغدادى في «تاريخ بغداد» (٤٩٩/٦).

(٢) انظر «تاريخ بغداد» للخطيب (٤٩٩/٦).

(٣) انظر «روضة المنتهى» لأبي الطيب الطبري (مخطوط).

(٤) انظر «المغني» لابن باطيش (٣٧/٢).

(٥) انظر «وفيات الأعيان» لابن خلكان (٢٦/١).

(٦) انظر «سير أعلام النبلاء» للذهبي (٤٢٩/١٥) و«تاريخ الإسلام» له (٤٩٩/٦).

فمنها: «شرح مختصر المزني»، وقد أكثر من ذكره والإحالة إليه في «كتاب التوسط» ويعبر عنه بـ«كتاب الشرح»، وهو أشهر كتبه حتى صار يُعرَفُ به فيقال: «صاحب الشرح»^(١)، وذكر الإسنوي أنه شرح مبسوط نحو ثمانية أجزاء، قال: «وهو من أحسن ما وقفت عليه في شروحه»^(٢).

ويلاحظ أن النديم ذكر هذا الكتاب في ثبت مؤلفات أبي إسحاق فقال: «كتاب شرح مختصر المزني، أول وثاني»^(٣). فجعله في إبرازتين: أول وثاني، وربما ألفه مطولا ثم اختصره، لكنني لم أجد ذلك لغير النديم، وقد يستشهد له بما يذكره مترجموه من أنه «شرح المذهب ولخصه»، ويريدون بالمذهب كتاب المزني، فيتوهم أنه شرحه شرحا موسعا، ثم لخص هذا الشرح في كتاب ثاني، وليس ذلك بلازم.

وذكر العبادي في ترجمة القاضي أبي علي الحسن بن الحسين بن أبي هريرة (ت ٣٤٥) أنه عارض أبا إسحاق بكلام مرضي وأجوبة صحيحة معروفة عنه^(٤).

ومنها: «الزيادات على الشرح»، وعلقه عن أبي إسحاق ورواه أبو الطيب الساوي^(٥)، وقد نقل عنه الرافعي في «العزیز» في مواطن^(٦).

ومنها: «الفصول في معرفة الأصول»، ذكره النديم في ثبت مؤلفاته، ونص عامة مترجميه على أن له تأليفا في أصول الفقه، وقد ذكرنا مناظرته في مسألة أفعال

(١) انظر «طبقات الفقهاء الشافعية» للعبادي (ص: ٦٨).

(٢) انظر «المهمات» (١/ ١١٦ و ٣٠٦).

(٣) انظر «الفهرست» للنديم (٢/ ٤٨).

(٤) انظر «طبقات الفقهاء الشافعية» للعبادي (ص: ٧٧).

(٥) انظر «طبقات الفقهاء الشافعية» للعبادي (ص: ٨٢).

(٦) انظر «العزیز» (طبعة دار الكتب العلمية) (٥/ ٤٥٧ و ٦/ ١٤ و ١٢١ و ٣٧٤).

النبي ﷺ، وهو كذلك كثير اللهج بمسائل أصول الفقه في توسطاته بين الشافعي والمزني.

ومنها: «التوسط بين الشافعي والمزني»، وسيأتي الحديث المفصل عنه إن شاء الله.

ومنها: «كتاب السنة»، وقد سبق ذكره عن الذهبي، وأنه أثبت فيه الاستواء على طريقة السلف.

ومنها: «كتاب الشروط والوثائق»، و«كتاب الوصايا وحساب الدور»، و«كتاب الخصوص والعموم»، ذكرها له النديم في «الفهرست»^(١).

○ تلاميذه وأصحابه:

فهذه جملة آثاره ومؤلفاته مما بلغنا ذكر أسمائه وأوصافه، لكن أثر أبي إسحاق أكبر من آثاره، وأعظم أفضاله ذاك العدد الكثير من الذين أنجبوا على يديه من تلاميذه، ثم ساروا في الآفاق ينشرون من علومه، فقال العبادي: «سار في الآفاق عن مجلسه سبعون إماما من أصحاب الشافعي»^(٢). وقال الخطيب: «وأنجب من أصحابه خلقا كثيرا». وقال ابن باطيش: «تخرج به العالم»، وقد سبق ذكر ذلك وما يشبهه، والمقصود هنا تأييده بإيراد بعض أولئك الذين حفظت كتب التراجم أسماءهم من أصحابه على ترتيب وفياتهم.

(١) فمنهم: أبو بكر المحمودي، يذكر في طبقة أبي علي الثقفي وأبي سعيد الإصطخري وأمثالهم، قال ابن السبكي: «أنا أحسبه تفقه على أبي إسحاق المروزي»^(٣).

(١) انظر «الفهرست» للنديم (٤٨/٢).

(٢) انظر «طبقات الفقهاء الشافعية» للعبادي (ص: ٦٩).

(٣) انظر «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (٢٢٥/٣).

(٢) ومنهم: أحمد بن علي بن طاهر الجَوْبَقِيُّ (ت ٣٤٠)، نسبة إلى «الجَوْبَقِ»، موضع بِـ«نَسَفَ»، درس الفقه على أبي إسحاق المروزي وعلّق عنه «شرح مختصر المزني»^(١).

(٣) ومنهم: الحسن بن الحسين أبو علي بن أبي هريرة (ت ٣٤٥)، تفقه على ابن سريج وأبي إسحاق المروزي^(٢).

(٤) ومنهم: عمر بن محمد بن مسعود أبو حفص الإسفراييني (ت ٣٤٥)^(٣).

(٥) ومنهم: محمد بن سعيد بن محمد بن عبد الله بن أبي القاضي أبو أحمد، تفقه على أبي إسحاق المروزي بالعراق، وتوفي سنة نيف وأربعين وثلاثمئة^(٤).

(٦) ومنهم: أحمد بن محمد بن سهل أبو الحسين الطَّبَّسِيُّ (ت ٣٥٨). قال الحاكم: «كان من المتقدمين من أصحاب المروزي»^(٥).

(٧) ومنهم: أحمد بن محمد بن أحمد أبو حامد الإسفراييني (ت ٣٦٢)، صاحب أبا إسحاق المروزي^(٦).

(٨) ومنهم: القاضي أبو حامد أحمد بن بشر المروزي (ت ٣٦٢)^(٧).

(٩) ومنهم: محمد بن سليمان أبو سهل الصعلوكي (ت ٣٦٩)، قال الحاكم:

(١) انظر «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (٢١/٣).

(٢) انظر «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (٢٥٦/٣).

(٣) انظر «طبقات الفقهاء الشافعية» لابن الصلاح (٦٥٤/٢).

(٤) انظر «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (١٦٤/٣).

(٥) انظر هامش «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي نقلا من زيادات «الوسطى» (٤٤/٣).

(٦) انظر «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي (٤٤٩/٢)، الترجمة: (٧٦١).

(٧) انظر «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (١٣/٣).

سمعت أبا علي الإسفرايني يقول: سمعت المروزي يقول: «ذهبت الفائدة من مجلسنا بعد خروج أبي سهل النيسابوري»^(١).

(١٠) ومنهم: أبو زيد المروزي محمد بن أحمد بن عبد الله (ت ٣٧١) (٢).

(١١) ومنهم: أحمد بن محمد بن علي أبو بكر السَّيِّي (ت ٣٧٢)، تفقه على أبي إسحاق، ونشر الفقه ببلده قصر ابن هبيرة^(٣).

(١٢) ومنهم: عبد العزيز بن عبد الله بن محمد أبو القاسم الداركي (ت ٣٧٥)، تفقه على أبي إسحاق وانتهى التدريس إليه ببغداد^(٤).

(١٣) ومنهم: عبد الله بن علي بن الحسن أبو محمد القومسي (ت ٣٧٧)، درس على أبي إسحاق المروزي، وكان قاضي جرجان^(٥).

(١٤) ومنهم: محمد بن علي بن سهل بن مصلح أبو الحسن الماسرجسي (ت ٣٨٤)، وأبو إسحاق من أجل من تفقه عليهم الماسرجسي^(٦).

(١٥) ومنهم: زاهر بن أحمد أبو علي السرخسي (ت ٣٨٩)، تفقه على أبي إسحاق المروزي^(٧).

(١) انظر «طبقات الفقهاء الشافعية» لابن الصلاح (١/ ١٦٢) و«طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (٣/ ١٦٧).

(٢) انظر «سير أعلام النبلاء» للذهبي (٤٢٩/ ١٥).

(٣) انظر «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (٣/ ٤٧).

(٤) انظر «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (٣/ ٣٣٠).

(٥) انظر «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (٣/ ٣١٠).

(٦) انظر «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي (٢/ ٤٥٣، الترجمة: ٧٦٧).

(٧) انظر «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (٣/ ٢٩٣).

١٦) ومنهم: محمد بن علي بن الطبري أبو جعفر البلاذري (ت ٣٩٥). قال الحاكم: «ذكر لي غير مرة اختلافه إلى أبي إسحاق المروزي وسماعه من شيوخ عصره»^(١).

١٧) ومنهم: عبد الله بن محمد البخاري أبو محمد الباقي (ت ٣٩٨)، تفقه على أبي علي بن أبي هريرة وأبي إسحاق المروزي^(٢).

١٨) ومنهم: القاضي الحسن بن الحسين بن محمد أبو محمد الإشترايازي (ت ٤١٢)^(٣).

وكثير غيرهم يصعب حصرهم، وحسبك من القلادة ما أحاط بالعنق.



(١) انظر «طبقات الفقهاء الشافعية» لابن الصلاح (١/٢٣٦).

(٢) انظر «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (٣/٣١٧).

(٣) انظر استدراك ابن كثير على «طبقات الفقهاء الشافعية» لابن الصلاح (١/٤٤٥).

الباب الثاني في الكلام على كتاب التوسط

ويكون ذلك بتحرير العنوان أولاً، ثم تحقيق نسبة الكتاب إلى أبي إسحاق، وبعد ذلك الحديث عن موضوع الكتاب وأسلوبه ومادته.

○ تحرير العنوان:

لقد ذهبت مقدمة المصنف وطرة الكتاب فيما سقط من أوله، ولذلك لا يمكن الحديث عن العنوان المثبت على طرة الكتاب أو المذكور في مقدمته، غير أنه ورد في آخر الكتاب قوله: «آخِرُ (كِتَابِ التَّوَسُّطِ) الَّذِي أَمْلَاهُ بِمَصْرَ».

ولا يخفى أن هذا النص بمفرده لا يقوى على تحرير العنوان؛ لأن الظاهر أنها من ناسخ الكتاب لا مؤلفه، ثم إن خواتيم الكتب يغلب عليها اختصار العنوان والتصرف فيه.

لكن يؤيده ويكمّله نص الإسنوي في مقدمة «المهمات»، حيث عقد فصلاً «في ذكر الكتب الفقهية أو المتضمنة لذلك التي يسر الله بفضله إلى حين كتابة هذا الفصل وقوفي عليها» وقال فيه: «ومنها: (شرح المختصر) لأبي إسحاق المروزي، نحو ثمانية أجزاء، و(كتاب التوسط بين الشافعي والمزني، فيما اعترض به المزني في المختصر)، له أيضاً، وهو مجلّدٌ ضخمٌ، يرجّح فيه الاعتراض تارةً، ويدفعه أخرى»^(١).

والعنوان الذي يشته فقيه في جلاله الإسنوي للكتاب وقد وقف عليه واستفاد منه لا شك ذو قيمة علمية كبيرة، لكن يبقى تحديد الجزء الذي يقصده بالعنوان من

(١) انظر «المهمات» للإسنوي (١/١١٦).

نصه، فلا يخفى أن نصه تضمن وقوفا ثلاثة يحتمل كل واحد منها أن يكون مقطع العنوان، وهي:

١ - «كتاب التوسط بين الشافعي والمزني».

٢ - «فيما اعترض به المزني».

٣ - «في المختصر».

والذي أميل إليه وأرجحه أن المقصود بالعنوان من هذه الجمل الثلاثة هي الجملة الأولى فقط، وسائرهما بيان للموضوع على نظر فيه كما سيأتي، وعليه يكون العنوان المعتمد للكتاب هو:

«كتاب التوسط بين الشافعي والمزني»

○ تحقيق النسبة:

ثم إن عبارة الإسنوي صريحة في إقرار نسبة الكتاب إلى أبي إسحاق المروزي، وتبعه في هذه النسبة ابن قاضي شعبة في «طبقاته»^(١)، لكن يبقى إثبات أن هذا هو الكتاب الذي قصده الإسنوي بعبارته السابقة، ولا سبيل إلى ذلك إلا من خلال النظر في نقوله عنه في كتاب «المهمات».

فذكر النووي مسألة المجوس هل كان لهم كتاب؟ وقال: «فيه قولان، أشبههما: نعم، وعلى القولين لا تحل مناكحتهم؛ لأنه لا كتاب بأيديهم، ولا نتيقنه من قبل، فنحتاط. وقال أبو إسحاق وأبو عبيد بن حربويه: يحل إن قلنا: كان لهم كتاب، وهذا ضعيف عند الأصحاب»^(٢).

(١) انظر «طبقات الشافعية» لابن قاضي شعبة (١/ ١٠٦).

(٢) انظر «روضة الطالبين» للنووي (٧/ ١٣٥).

وقال الإسني: «ما نقله عن أبي إسحاق وابن حربويه قد نقله القاضي الحسين عن القديم، ونقله أبو إسحاق المروزي في (كتاب التوسط) عن المزي»^(١).

واستفاد هذا النص عن الإسني مقراله كمال الدين الدميري فقال: «وممن قال تحل ذبيحتهم ومناكحتهم الشيخ أبو إسحاق المروزي، ونقله في (كتاب التوسط) عن المزي، وهو غريب عنه»^(٢).

والمسألة في «كتاب التوسط» كما نقلها الإسني^(٣)، وذلك يؤيد أن كتابنا الذي نحن بصددده هو الذي يعنيه الإسني بحديثه، ومن ثم يثبت نسبة الكتاب إلى أبي إسحاق.

غير أنه يشكل على هذه النسبة ما ورد في تعليقة القاضي أبي الطيب الطبري، حيث ذكر مسألة المسافر يمسخ في السفر ثم يتصل بدار الإقامة فيتم مسح مقيم، قال القاضي: «فإن كان قد مضى يوم وليلة فقد انقطع المسح. وقال المزي: يُقَسَّطُ المسح»^(٤)، فإن كان مسح في السفر يوماً وليلة فهو ثلث مسح المسافر، ويبقى الثلثان، فيمسح ثلثي مسح المقيم، وإن كان مسح في السفر يومين وليلتين فهو ثلثا مسح المسافر، فيستبيح ثلث مسح المقيم، وعلى هذا الحساب»^(٥).

قال النووي: «مذهب المزي ذكره [الشيخ أبو إسحاق الشيرازي] وشيخه القاضي أبو الطيب وجماعة، ولم يذكره الأكثرون. قال صاحب (الشامل): ذكره

(١) انظر «المهمات» للإسني (٧/ ١١٧-١١٨).

(٢) انظر «النجم الوهاج» للدميري (٧/ ١٩١).

(٣) انظر «التوسط» (٢٨ - مسألة نكاح المجوسية).

(٤) في المطبوع من «التعليقة»: «يسقط المسح». وأراه تصحيحاً، لمخالفته الكلام الوارد عقبه.

(٥) انظر «التعليقة» لأبي الطيب الطبري (١/ ٥٣٠).

المزني في (مسائله المعتمدة على الشافعي)»^(١).

قال القاضي أبو الطيب: «وهذا غير صحيح؛ لأنها عبادة تختلف بالسفر والحضر، فإذا اجتمع فيها الحضر والسفر وجب أن يغلب حكم الحضر، كالصلاة. قال أبو العباس^(٢) في (التوسط بين الشافعي والمزني): إن كان المزني يذهب إلى أن القياس يقتضي هذا ولكن تركه لإجماع أو غيره فليس بيننا وبينه كبير خلاف، وإن كان يذهب إلى أنه يجب أن يكون هذا فهو خلاف الإجماع»^(٣).

فهذا نص أعلى بكثير من نص الإسوي، وظاهره أن «كتاب التوسط» من تأليف أبي العباس ابن سريج، لكنه ليس صريحاً في ذلك؛ لأنه يدخله الاحتمال من جهة أن المراد أن أبا العباس ابن سريج قال ذلك فيما نقله عنه أبو إسحاق في «كتاب التوسط»، كما يقولون: «قال الشافعي في (المزني)»، و«قال الشافعي في (البويطي)»، لا يريدون به أن مختصري البويطي والمزني من تأليف الشافعي، وإنما هما مورد كلامه ونصوصه، وكذلك أبو إسحاق المروزي تلميذ ابن سريج، وحرى أن يورد كلامه ونصوصه، ويؤيده واقع «كتاب التوسط» حيث ورد فيه ذكر أبي العباس ابن سريج في الجملة^(٤)، غير أنه لا يمكن التحقق من النص السابق إن كان مما نقله عنه في الكتاب أو لا بسبب سقوط «باب المسح على الخفين» فيما سقط من أول الكتاب، فلا يعدو الاحتمال طور الحدس والقول بالظنون.

(١) انظر «المجموع شرح المذهب» للنووي بتصرف (٥١٥/١) وانظر «المذهب» للشيرازي (٨٩/١).

(٢) يعني: ابن سريج، وقد صرح به النووي في «المجموع شرح المذهب» (٥١٥/١) فيما نقله عن القاضي، وما ورد في هامش طبعة «التعليقة» من جعله أبا العباس بن القاص وهم.

(٣) انظر «التعليقة» للقاضي أبي الطيب الطبري (٥٣١/١) وانظر و«المجموع شرح المذهب» للنووي (٥١٥/١).

(٤) انظر «كتاب التوسط» (٣٠٦)، وهو الموضع الوحيد الذي ورد فيه ذكر أبي العباس في الكتاب.

هذا وقد تعرضت لهذه القضية باختصار حال عملي على «المختصر» للمزني وقبل اطلاعي على نسخة «كتاب التوسط»، فأثبت في «مقدمات المختصر» احتمالاً آخر أن «يكون الكتاب لابن سريج تأليفاً، ولأبي إسحاق المروزي تعليقا»، أعني: أن يكون الإنشاء لأبي العباس، والتعليق والرواية لأبي إسحاق المروزي، وأيدت ذلك بما عرف من عناية ابن سريج بالانتصاف للشافعي من المزني^(١)، لكن هذا الاحتمال لا وجه له من الصحة بعد العثور على الكتاب والاطلاع عليه، فالكتاب من إملاء أبي إسحاق وتأليفه لا محالة، واسمه يتردد فيه في كل مسألة ومناسبة، ما لا يدع مجالاً للشك في تحقيق نسبته إليه كما قال الإسنوي.

لكن يبقى السؤال عن نسبة من نسب الكتاب إلى ابن سريج ما وجهه؟ والذي يظهر لي والعلم عند الله أن ابن سريج له أيضاً كتاب آخر في التوسط بين الشافعي والمزني، ولا يشكل ذلك على إثبات كتاب أبي إسحاق، ويؤيد ذلك أمور ثلاثة:

الأول: ما عرف من عناية أبي العباس ابن سريج بكتاب «المختصر» للمزني، وعنايته بالرد على المزني فيما اعترض به على الشافعي، وقد روي عنه أنه قال: «يُؤْتَى يوم القيامة بالشافعي وقد تعلّق بالمزني يقول: ربّ، هذا أفسد علومي، فأقول أنا: مهلاً بأبي إبراهيم، فإني لم أزل في إصلاح ما أفسده»^(٢).

الثاني: ما ذكر النديم في «الفهرست» حيث أورد ثبت مؤلفات ابن سريج، ومنها: كتاب «التقريب بين المزني والشافعي»^(٣)، وهو قريب من «التوسط» اسماً ومعنى.

(١) انظر كتابي «مقدمات المختصر» (ص: ١٣٦).

(٢) أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٥/ ٤٧٤) وانظر كتابي «مقدمات المختصر» (ص: ١٢٦).

(٣) انظر «الفهرست» للنديم (٢/ ٤٩).

الثالث: ما عرف من عناية الأصحاب الشافعية عامة بموضوع التوسط بين الشافعي والمزني ومناقشة اختلاف ما بينهما، فلا يشكل أن يكون كل من الشيخ وتلميذه تواردا على هذا المعنى المطروق، بل إن قرين أبي إسحاق في التلمذة على ابن سريج أبا بكر أحمد بن الحسين بن سهل الفارسي المتوفى في حدود سنة خمسين وثلاثمائة قد طرق هذا المعنى، فله: «كتاب الانتقاد على المزي»، و«كتاب الخلاف معه»^(١).

وعليه فلا إشكال في صحة نسبة «كتاب التوسط بين الشافعي والمزني» إلى أبي إسحاق المروزي وتصحيح مضمونه عنه إن شاء الله، ويبقى الحديث عن موضوعه ومادته وأسلوبه.

○ موضوع الكتاب واستمداده وأسلوبه:

ورد في عبارة الإسنوي حيث ذكر عنوان الكتاب أنه «فيما اعترض به المزني في المختصر»، وترجح لي أن هذه الجملة زيادة من الإسنوي لبيان موضوع الكتاب واستمداده، وليست تنمة عنوانه، وفي هذا الفصل نستنطق الكتاب لتبين مدى صحة ما أشار إليه.

فأما موضوع الكتاب؛

فقد أشار إليه بقوله أن الكتاب «فيما اعترض به المزني»، يعني: «في» جواب «ما اعترض به المزني» على الشافعي، والمصنف أبو إسحاق صرح بذلك في خاتمة الكتاب فقال: «وإنما ذكرنا ما أوماً إليه المزني في الطعن على الشافعي»^(٢)، ثم إن واقع الكتاب وجميع مسائله يشهد لذلك ويؤيده.

(١) انظر «طبقات الفقهاء الشافعية» للعبادي (ص: ٤٥).

(٢) انظر آخر «كتاب التوسط».

وأما استمداده؛

فأشار إليه بقوله: «في المختصر»، وذلك أن المزي في بعض مسائل «المختصر» يعقب على روايته عن الشافعي بفقهه، سواء كان ذلك الفقه مبنيًا على أصول الشافعي - وهو الغالب - أو اختيارًا محضًا له على خلاف عامة نصوصه، فيرى الإسنوي أن موضوع «كتاب التوسط» هذه الاعتراضات والتعقبات التي ذكرت في «المختصر».

لكن النظر في واقع الكتاب يزيّف هذا الرأي، بل إن نقيضه هو الصواب لا محالة، حيث إن أبا إسحاق في الكتاب صرح بأنه إنما يعنى باعتراضات المزي خارج «المختصر»، وذلك لأنه أجاب عن اعتراضاته في «المختصر» في «كتاب الشرح»، بل إن ظاهر كلامه أنه يسكت عن الاعتراضات التي ذكرها في «المختصر الكبير» الذي هو أصل «المختصر الصغير» المشهور لذات السبب.

قال أبو إسحاق في جواب اعتراض المزي في مسألة السلف جزافاً^(١): «إن هذه المسألة قد خرّجها الشافعي رَحِمَهُ اللهُ عَلَى قَوْلَيْن: أحدهما: ما اختاره المزي من جوازِ سَلَمِ الْجُزَافِ في المعلوم. والقول الثاني: إنه لا يجوزُ حتى يكونَ ما أَسْلَمَ مَوْصُوفًا، وأنه لا يجوز سَلَمُ الْجُزَافِ. ولكُلِّ واحدٍ مِنَ الْقَوْلَيْنِ وَجْهٌ، وقد ذكرنا هذه المسألة ووجه القولين في «كتاب الشرح»، غير أن المزي زاد في الاعتلال في «مسائله المثورة»، فأَعَدْنَا مِنَ الْمَسْأَلَةِ ما عَارَضْنَاهُ في قَوْلِهِ واحتمال ما أدخله»^(٢).

فهذه المسألة من مسائل «المختصر»^(٣)، ذكرها فيه بالنص وتعقبها بمثل ذلك التعقب الذي أورده أبو إسحاق عنه من كتاب «المسائل المثورة»، غير

(١) انظر «كتاب التوسط» (ص: ١٣١) (المسألة: ٦).

(٢) انظر «كتاب التوسط» (ص: ١٣٣).

(٣) انظر «المختصر» للمزي (الفقرة: ١١٦٤-١١٦٥).

أنه في «المسائل» زاد في الاعتلال على ما ذكر في «المختصر»، فكان ذلك عذر أبي إسحاق في إعادة ذكر المسألة في «كتاب التوسط» مع سبق شرحه لها في «كتاب الشرح».

ومن المسائل التي أكثر المزي في الاعتراض على الشافعي في «المختصر» مسألة طلاق السكران وسائر تصرفاته^(١)، لكنه في «المسائل المنشورة» زاد من الاعتلال والأدلة، فكان ذلك عذر أبي إسحاق في إدراج المسألة ضمن مسائل «التوسط»، وقال في أول جوابه: «إِنَّ أبا إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ قَدْ تَكَلَّمَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ، وَأَجَبْنَاهُ عَنْ ذَلِكَ فِي (كتاب الشرح) بِمَا فِيهِ كِفَايَةٌ، غَيْرَ أَنَّهُ رَحِمَهُ اللهُ زَادَ فِي (مسائله) زِيَادَاتٍ اخْتِيجَ إِلَى الْجَوَابِ عَنْهَا، فَأَعَدْنَا الْكَلَامَ فِي ذَلِكَ مِنْ أَجْلِ الزِّيَادَةِ»^(٢). وقال في ختامه: «فَهَذَا جُمْلَةُ الْجَوَابِ عَمَّا أَتَى بِهِ الْمَزِي رَحِمَهُ اللهُ فِي (مسائله المنشورة) مِنَ الزِّيَادَاتِ، وَقَدْ أَجَبْنَاهُ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي (كتاب الشرح)؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَكَلَّمَ فِيهَا فِي (مختصره) الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ، وَإِنَّمَا أَعَدْنَا ذَلِكَ هَاهُنَا لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَاتٍ»^(٣).

وهذا صريح في أن منهج أبي إسحاق في «كتاب التوسط» العناية بما زاد على كتاب «المختصر» الكبير والصغير من تعقبات المزي، بينما يعتني في «كتاب الشرح» بما ذكره في «المختصرين».

(١) انظر «كتاب التوسط» (ص: ٣١٣) (المسألة: ٣٦). وانظر «المختصر» للمزي (طلاق السكران = الفقرة: ٢٣٤٧، ظهار السكران = الفقرة: ٢٤٤٤، يمين السكران = الفقرة: ٣١٥٠، ردة السكران = الفقرة: ٣٢١٠، ذبيحة السكران = الفقرة: ٣٤٧٤).

(٢) انظر «كتاب التوسط» (ص: ٣١٧) (المسألة: ٦).

(٣) انظر «كتاب التوسط» (ص: ٣٢٩) (المسألة: ٦).

وقال أبو إسحاق في مسألة بيع الرهن بشرط إعطاء الثمن للمرتهن: «إنَّ هذه المسألة قد ذكرها المزنيُّ في (مختصره) الصغير واقتصر في الاعتلال في جواز البيع على صاحب الثوب الذي دَفَعَ إليه على أنَّ له عَشْرُ ثَمَنِهِ، وأَجَبْنَاهُ عن ذلك في (كتاب الشرح)، وزاد في الاعتلال في هذا الموضع فأخوَجَ إلى إعادة الكلام لِنُجْيِهِ عما زاد في الاعتلال»^(١).

وقال في مسألة ضمان الوجه: «قد تكلَّم في هذه المسألة في (مختصره) فأجَبْتُهُ عما ذكر في (كتاب الشرح)، ونحن نُنْفِصِلُ مما ذكره في هذا الموضع»^(٢).

وهكذا يبين زيفُ ما أشار إليه الإسنوي من أن الكتاب فيما اعترض به المزني في «المختصر»، وقد يعتذر عنه بأن رؤوس المسائل التي أوردها في الغالب موجودة في «المختصر»، وقد عנית بتخريجها منه، لكن اعتراضات المزني عليها المقصودة بالرد والجواب إنما يوردها من خارج «المختصر».

فما هو استمداد المصنف ومصادره فيما أورد عن المزني من الاعتراضات على الشافعي؟

يمكن تقسيم مسائل الاعتراضات التي ينقلها المصنف في الكتاب باعتبار مصادره فيها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: مسائل الاعتراضات التي ذكرها المزني في كتاب «المسائل المنشورة» أو «المسائل المعتبرة على الشافعي»، وهي الأصل الذي بني عليه «كتاب التوسط»، وقد صرح بالأخذ عنه في أربعة مسائل منها:

(١) انظر «التوسط» (ص: ٢٠٤).

(٢) انظر «التوسط» (ص: ٢١٩).

- مسألة الخطأ في يوم عرفة^(١).

- مسألة السلف جزافاً^(٢).

- مسألة طلاق السكران^(٣).

- مسألة الرجل يشتري أمة فيولدها ثم تستحق^(٤).

والذي يظهر لي أن تصريح المصنف بمصدره في هذه المسائل لم يكن من باب التخصيص، وإنما لمقاصد أخرى من اعتذار لإيراد المسألة مع وجودها في «المختصر»، أو إشارة إلى تكرار سياق المسألة لدى المزني في «مسائله المنثورة»، أو غير ذلك.

ومما يدل على أن عامة مسائل الكتاب منقولة عن كتاب «المسائل المنثورة» تشابه أسلوب سياق هذه المسائل مع سائر مسائل الكتاب، اللهم إلا ما دخل منها في القسمين التاليين.

القسم الثاني: مسائل الاعتراضات التي أخذها من سؤالات عصام الرازي للمزني، ولم أتمكن من العثور على ترجمة عصام هذا سوى كونه من تلاميذ المزني، لكن سؤالاته للمزني تأتي في المرتبة الثانية من مصادر المصنف في الكتاب، حيث أورد عن طريقه ثمانية مسائل:

- مسألة نذر الصوم بمكة^(٥).

- مسألة إن صليت أو حججت أو كلمت فلانا فله علي أن أصوم عشرة^(٦).

(١) انظر (المسألة: ٥).

(٢) انظر (المسألة: ٣٦).

(٣) انظر (المسألة: ٢٣).

(٤) انظر (المسألة: ٦).

(٥) انظر (المسألة: ٣٨).

(٦) انظر (المسألة: ٢٤).

- مسألة الوصية للفقراء والمساكين^(١).
- مسألة الوصية لفقراء أهل مصر أو بني تميم^(٢).
- مسألة التشريك في الظهار^(٣).
- مسألة تزويج الصغيرة التي ذهبت عذرتها^(٤).
- مسألة متعة المطلقة وعطية المكاتب في مال المتوفى^(٥).
- مسألة إذا قال: أول من يحج عني فله مئة دينار^(٦).

القسم الثالث: مسائل الاعتراضات التي أخذها من سؤالات الفريابي للمزني، وهو أبو سعيد محمد بن عقيل (ت ٢٨٥) ^(٧)، وقد نقل المصنف عن طريقه مسألة واحدة، وهي مسألة التعريض بالقذف^(٨).

وأما أسلوبه في ترتيب مادة الكتاب؛

فيقسم مسائل الكتاب إلى أقسام كبيرة، والقسم الأول منها هو «كتب العبادات»، لكن الذي وصلنا من هذا القسم لا يعدو جزءاً من «كتاب الحج»، ولذلك لا يمكن الكلام على طريقة تقسيم المصنف لأبوابه، لكنه فيما بعد ذلك قسم مسائل الكتاب إلى الموضوعات التالية: «كتاب البيوع، كتاب الرهن، كتاب الضمان، كتاب القراض، كتاب الشفعة، كتاب الفرائض، كتاب الفروج»، وأدرج في «كتاب الفروج» مسائل المناكحات والجنايات وما إلى ذلك.

-
- | | |
|--|-------------------------|
| (١) انظر (المسألة: ٢٥). | (٢) انظر (المسألة: ٢٦). |
| (٣) انظر (المسألة: ٤٣). | (٤) انظر (المسألة: ٤٤). |
| (٥) انظر (المسألة: ٤٥). | (٦) انظر (المسألة: ٤٦). |
| (٧) انظر ترجمته في «طبقات الشافعية الكبرى» لابن السبكي (٢/ ٢٤٣). | |
| (٨) انظر (المسألة: ٢٢). | |

ثم إنه يقسم الكتاب إلى مسائل يعنون لها بتلك الكلمة المبهمة: «مسألة»، ولما في هذا العنوان من الإبهام رأيت أن أضيف إليه بين معقوفتين ما يرفع إبهامه ويرجم عن مقصوده، وعدد ما وصلنا من مسائل الكتاب خمسون مسألة.

ثم يأتي بكلام المزي في «المسائل المثورة» على الوجه، وأحياناً يختصره مع بيان وجه الاختصار، وإذا أتى بالمسألة من خارج «المسائل المثورة» نص على ذلك وبين طريقه فيه، فيقول: «حكى عصام الرازي، حكى الفريابي».

وبعد الانتهاء من إيراد كلام المزي يقول: «قال أبو إسحاق: الجواب»، وقد يُغفل ذلك أحياناً، ثم يكرر على اعتراضات المزي ويزيفها، مستعيناً في ذلك بأصول المذهب وقواعده، وفروق ما بين أشباه المسائل ونظائرها، وقد يعيد إيراد أجزاء من كلام المزي الذي أورده أول المسألة لغرض الرد عليه وبيان مواضع الخلل فيه، ويحيل في تفصيل بعض القضايا إلى «كتاب الشرح» له.

وقد ذكر الإسنوي من منهج أبي إسحاق في «كتاب التوسط» أنه «يرجّح فيه الاعتراض تارةً، ويدفعه أخرى»^(١)، لكنني لم أجد شيئاً من ذلك في رؤوس المسائل التي ذكرت في الكتاب بالقصد الأول، إلا أن المزي قد يورد شواهد لتصحيح التخريج وتحريير التعليل الصحيح، فيوافقه المروزي في بعضها ويخالفه، فلعل ذلك ما أراد الإسنوي، والله أعلم.



(١) انظر «المهمات» للإسنوي (١١٦/١).

الباب الثالث

في ذكر قصة اعتراضات المزني على الشافعي

اعتراضات المزني وتعقباته على الشافعي كانت موضع حديث الأصحاب الشافعية وتبّعهم وتعقّبهم في العصر الأول، وقد تسببت عندهم في إبداع أنواع من التفقه المذهبي، ولا أعتقد أنني أقول منكراً إن ذهبت إلى أنها كانت القاعدة التي ظهرت على أساسها من وجوه الفقه: علم الفروق والأشباه والنظائر، وعلم القواعد والضوابط الفقهية، وأنها كذلك صاحبة الفضل الأول في ضبط أصول التخريج المذهبي، وكل هذا بغض النظر عن تصويب المزني فيها أو تخطئته.

لكن هذه الظاهرة المتميزة الغائرة أثرها في تاريخ المذهب الشافعي وُظِّفَتْ لدى بعض المعاصرين في أغراض بعيدة عن مقاصد الأئمة الأعلام، واختُرِجَتْ في عبارات مُجْحِفة جوفاء لا حقيقة لها عند أهل العلم، كدأب كثير من الظواهر الفقهية المنهجية لدى سلف الأمة.

فمنهم الصارف للناس عن جهود المزني، يقول: إن المزني يكثر من مخالفة شيخه، وقد رد عليه الأصحاب الشافعية مخالفاته وبينوا ضعف مدركه فيها، فلا يعتمد قوله في المذهب.

وآخر من قبيله يرفع عقيرته: المزني خالف شيخه واعترض عليه، ومن قبل خالف الصاحبان أبا حنيفة، والنووي اختار خلاف مذهب الشافعي، فلماذا نحن نضيق واسعا؟

وأرى - بغض النظر عن مدى إصابة هذه الآراء وخطئها - توظيف تعقبات المزني على الشافعي في هذه السياقات المتناقضة توقفاً من أصحابها لدى العنوان

والباب دون الوقوف على المضمون والولوج للبيت، فكانت حاجة أهل العصر إلى التعرف على حيثيات هذه الظاهرة السبب الأول في عقد هذا الباب، تعريفًا موجزًا للحقيقة هذه الاعتراضات والتعقبات، وشرحًا لأسبابها لدى المزمي ودوافعها، وبيانًا لموقف الأصحاب الشافعية منها ومن صاحبها، وصولاً إلى ذكر المؤلفات فيها ومطائنها، وكل ذلك بما يليق مقام التقديم والدراسة ويحتمله من الاختصار.

○ حقيقة اعتراضات المزمي على الشافعي:

يقال: «سِرْتُ فَعَرَضَ لِي فِي الطَّرِيقِ عَارِضٌ مِنْ جَبَلٍ وَنَحْوَهُ» أي: مانع يمنع من المضي، و«اعْتَرَضَ لِي» بمعناه، قال الفيومي: «ومنه اعتراضات الفقهاء؛ لأنها تمنع من التمسك بالدليل، وتعارضُ البينات؛ لأن كل واحدة تعترض الأخرى وتمنع نفوذها»^(١).

هذا تعريف الاعتراض في اللغة واصطلاح العلماء، ولكن ليس غرضنا تحقيق القول في هذا التعريف وبيان الوجه فيه، وإنما نسلك فيه مسلكاً آخر، وهو بيان مراد الفقهاء بمسمى «اعتراضات المزمي على الشافعي» من خلال استقراء الصور التي يعالجونها تحت هذه الترجمة، وجماعها أربع صور^(٢):

الصورة الأولى: مخالفة الشافعي في ترجيحه، حيث يورد الشافعي قولين محتملين، ثم ينص على ترجيح أحدهما، ويخالفه المزمي فيرجح القول الآخر.

(١) انظر «المصباح المنير» للفيومي (مادة: عرض).

(٢) كنت أشرت إلى هذه المسألة قديماً في «مقدمات المختصر» (ص: ٨٨) وجعلتها ثلاثة، وذلك بسبب استبعاد صورة التخريج منها، لكن الذي ظهر لي بعد أنهم يعنونها أيضاً ضمن وجوه الاعتراض.

ومن أمثلة هذه الصورة في الكتاب مسألة السلف جزافاً^(١).

الصورة الثانية: مخالفة الشافعي في قوله المتأخر، حيث يقول الشافعي في القديم بقول ثم يتركه لضعف فيه فيقول بغيره في الجديد، ويرى المزي رجحان ما تركه وضعف ما قال آخرًا.

ومن أمثلة هذه الصورة مسألة طلاق السكران وتصرفاته^(٢).

الصورة الثالثة: مخالفة الشافعي في الاجتهاد، حيث يرى باجتهاده الخاص قوة دليل قول يخالف مذهب الشافعي وأصحابه ويقول به.

ومن أمثلة هذه الصورة «مسألة الخطأ في يوم عرفة» الثانية حيث قال المزي فيها: «كنتُ على وَضْعِ كتابٍ أُحْتَجُّ فيه للشافعي في قوله في خطأ يوم عرفة، ثُمَّ رأيتُ القياسَ غيرَه»^(٣).

الصورة الرابعة: مخالفة نص الشافعي في مسألة بما يُخَرَّجُه من نصٍّ له آخر في نظير المسألة على أصوله وقواعده.

وهذه الصورة هي المقصد الأول بهذا الباب من العلم، وأمثلتها كثيرة جدا في «المختصر» وغيره من كتب المزي، وغالب مسائل «كتاب التوسط» يمكن أن تعتبر أمثلة لهذه الصورة.

والجامع المشترك بين هذه الصور الأربعة كونها وجها من وجوه المخالفة، وهي جماع ما وجدت من القضايا التي تدخل وتُعالَج تحت مسمى «اعتراضات المزي على الشافعي»، وننتقل إلى بحث أسباب تلك الاعتراضات ودوافعه لدى المزي.

(٢) انظر «التوسط» (ص: ٣١٣).

(١) انظر «التوسط» (ص: ١٣١).

(٣) انظر «التوسط» (ص: ٨٣).

○ أسباب اعتراضات المزني على الشافعي ودوافعه:

وقد يقال: إن من العبث التنقيب عن دوافع المزني لمخالفة الشافعي، فهو فقيه مجتهد كامل الأهلية^(١)، والاختلاف نتيجة طبيعية للاجتهاد والنظر الحر، فلا أرب من بحث أسباب أخرى من وراء وراء.

لكننا نعايش فئة من الناس ترى المخالفة في نفسه مقصدا نبيلًا تتطلبه وتحثي به، وتعتقد أن اختلاف وجهات النظر خيارات مطروحة يسع الواحد أن يأخذ منها ويدع ما يشاء، فحتى لا تفهم قضية مخالفة المزني على غير وجهها كان لا بد من حصر الأسباب التي ظهرت من كلامه أنها جعلته يخالف الشافعي في مسائل الاعتراض، وجماعها أربعة أسباب:

السبب الأول: النزعة الاجتهادية لدى المزني، ونفوره الشديد من التقليد.

وقد روى ذلك عن شيخه الإمام الشافعي، ثم تبعه فيه وأشاد به وأورثه أصحابه. فمن الأول: ما بدأ به كتابه العظيم «المختصر» من قوله: «اختصرتُ هذا من علم الشافعي ومن معنى قوله، لأقربَه على مَنْ أَرَادَهُ، مع إعلامِهِ نَهْيَهُ عن تقليدِهِ وتقليدِ غَيْرِهِ، لينظرَ فيه لِدِينِهِ، ويحتاطَ لِنَفْسِهِ»^(٢).

وقال في «كتاب التوسط»: «إِنَّ مَذْهَبَ الشَّافِعِيِّ إِثَارُ الْحَقِّ عَنِ التَّقْلِيدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ»^(٣). وقال في مسألة القاتل المتعمد يشركه خاطئ: «إِنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَّمَكُمْ تَرْكَ التَّقْلِيدِ، وَقَبُولَ الْحَقِّ مِمَّنْ جَاءَ بِهِ، فَقَدْ نَصَحَكُمْ، وَلَهُ أَجْرُ صَوَابِكُمْ، وَهُوَ بَرِيٌّ مِنْ خَطَايَاكُمْ»^(٤).

(١) انظر لمعرفة مكانة المزني في الفقه الإسلامي والمذهب الشافعي كتابي «مقدمات المختصر»

(ص: ٦٥). (٢) انظر «المختصر» (الفقرة: ١).

(٣) انظر «التوسط» (ص: ١٥٠). (٤) انظر «التوسط» (ص: ٣٦٢).

ومن أمثلة الثاني: قول المزمي في الكتاب بعد تحريره مسألة الرجوع في شهادة الطلاق ثلاثاً: «فَتَفْهَمُ ما وصفتُ، وانظُرْ فيه لدينك وإيثارِ الحقِّ على هواك وتقليدِ مُعَلِّمِكَ تَوْفَّقْ إن شاء الله»^(١). فهو لا يريد من صاحبه أن يقلده، وإنما ينظر فيه لدينه ويؤثر الحق على هواه.

وقد ألف المزمي كتابه «الأمر والنهي على معنى الشافعي» يحرر فيه قول الشافعي في دلالة الأمر والنهي، وختمه بقوله: «هذا نحوُ مذهبِ الشافعي، فتَفْهَمْهُ ولا تقلدْ مَنْ وضعَهُ»^(٢).

والنزعة الاجتهادية أصل متفق عليه بين أصحاب الوجوه الشافعية ممن هم دون مرتبة المزمي عامة، وقد نقل ابن الصلاح عن الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني أنه ادعى صفة المجتهد المنتسب لأئمة أصحاب الشافعي جملة^(٣)، ولذلك نجد أبا إسحاق لا ينكر عليه هذه النزعة، بل يؤيده فيها ثم يقلب عليه وجوه النظر.

وقد خالف المزمي الشافعي في مسألة بيع الرطب بالرطب وذكر أدلته فيها ثم ختم كلامه بقوله: «فَتَفْهَمُوا ذلك وانظروا وألْطِفُوا وقُولُوا بالحقِّ الذي بَانَ لَكُمْ وَصَحَّ في عُقُولِكُمْ، ودَعُوا التقليدَ فَإِنَّهُ خِلَافٌ لِمُعَلِّمِكُمْ، وعنه قد نهاكُم، رَحِمَهُ اللهُ»^(٤).

فعلق عليه أبو إسحاق في «التوسط»: «إِنَّ أبا إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ قد أحسن في عِظَتِهِ وفي نَهْيِهِ عن تقليدِ مُعَلِّمِهِ، غيرَ أَنَّهُ لو استعملَ ذلك في نفسه وَلِما يُقابِلُهُ به وألْطَفَ النظرَ فيما أُلْزِمَهُ لَعَلِمَ أَنَّ ما أُلْزِمَهُ لا يَلْزِمُهُ»^(٥).

(١) انظر «التوسط» (ص: ٣٣١).

(٢) انظر «كتاب الأمر والنهي على معنى الشافعي» للمزمي، ملحق في آخر كتابي «مقدمات المختصر» (ص: ٣٤١).

(٣) انظر «أدب الفتوى» لابن الصلاح (ص: ٤٠).

(٤) انظر «التوسط» (ص: ١٥١).

(٥) انظر «التوسط» (ص: ١٥١).

وهذا يدل على أن مدرك التعقب على المزي ليس استقلاله بالاجتهاد، وإنما خطؤه فيه.

السبب الثاني: النزعة القياسية لدى المزي، وشغفه بالجمع بين النظائر.

وهذه قاعدة في فقه المزي لا تخطئه العين في مسائل الاعتراض، فإنه بنى عامتها على قاعدة القياس وإلحاق النظائر بعضها ببعض، ولا يمنعه اختلاف نصوص الشافعي فيها من ذلك.

ومن أمثله مسألة القاتل المتعمد يشركه خاطئ، حيث ذهب المزي إلى أن على المتعمد القود؛ لأن أصل الشافعي أن الأحكام بفاعليها، ثم أورد نظائر لها من مسائل الشافعي، قال المزي: «ثُمَّ قَالَ بَعْضُ مَنْ نُسِبَ إِلَى عِلْمِ الشَّافِعِيِّ: إِنْ قَتَلَ عَمْدًا مَعَ رَجُلٍ خَطَايَا أَنَّهُ يَرْفَعُ الْقَوْدَ عَنِ الْعَامِدِ لِعِلَّةِ الْخَاطِئِ، فَأَبْطَلَ أَنْ يُحْكَمَ لِفِعْلِهِ بِحُكْمِ فَاعِلِهِ، وَفِي ذَلِكَ تَرَكُ مَا ادَّعَى مِنْ أَصْلٍ صَاحِبِهِ»^(١).

وتعقبه أبو إسحاق فقال: «الَّذِي نَسَبَهُ أَبُو إِبْرَاهِيمَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ لَيْسَ ذَلِكَ بِشَيْءٍ اسْتَخْرَجُوهُ وَلَا قَالُوهُ اجْتِهَادًا عَلَى مَذْهَبِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ شَيْءٌ نَصَرَ الشَّافِعِيَّ عَلَيْهِ، فَإِنْ يَكُ ذَلِكَ خَطَا كَانَ ذَلِكَ مَنْسُوبًا إِلَيْهِ، لَا إِلَى أَصْحَابِهِ». وقال: «الْفَرْقُ بَيْنَ أَنْ يَشْرَكَهُ عَامِدٌ وَبَيْنَ أَنْ يَشْرَكَهُ خَاطِئٌ بَيِّنٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى هَذِهِ الْعِظَةِ كُلِّهَا، وَلَوْ تَأَمَّلَهُ أَبُو إِبْرَاهِيمَ حَقًّا تَأَمَّلَهُ لَبَانَ لَهُ الْفَرْقُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ وَاسْتَعْنَى عَنْ هَذَا الْكَلَامِ، وَلَكِنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ مَعَ وَجُوبِ حَقِّهِ عَلَيْهِ لَمْ يُرْزَقْ مِنْهُ الْإِسْتِغَالُ بِتَخْرِيجِ مَذْهَبِهِ وَطَلَبِ الْحُجَّةِ فِيمَا أَشْكَلَ مِنْ مَذْهَبِهِ، بَلْ أَشْغَلَ نَفْسَهُ بِالطَّعْنِ فِيمَا أَمَكَّنَهُ الطَّعْنُ فِيهِ مِنْ مَذْهَبِهِ، وَاللَّهُ يَغْفِرُ لَنَا وَلَهُ»^(٢).

(١) انظر «التوسط» (ص: ٣٦١).

(٢) انظر «التوسط» (ص: ٣٦٢).

وقال في موضع آخر: «ولو جعل قصده بَدَل ما أتى به تخريج المسائل على مذهبه والقصْد إلى الفرق في الموضع الذي يَجِبُ الفرقُ لاختلاف المعاني وإلى الجمع فيما يُوجِبُ الجمعَ لاتِّفاق المعاني لكان ذلك به أشبه وعليه أوجب من ضربه الأصول بعضها ببعض، وإشكال ما كان من الفروع واضحاً؛ لأن كثيراً مما يأتي به في الفرق والجمع لا يجوز أن يكون مثله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَخْفَى عليه من مذهبه ومن مذهب غيره، والله يغفر لنا وله»^(١).

السبب الثالث: الخروج من الشناعة التي تترتب على قول الشافعي حسب رأيه. وقد يكون هذا ملحظاً استحسانياً تسرب إلى المزي من اشتغاله بفقه العراقيين، ومن أمثلة ذلك ما أورد على قول الشافعي في مسألة اختلاف المتبايعين في الثمن من الشناعات التي تلزمه ومن وافقه^(٢)، وتعقبه أبو إسحاق فقال: «إنما قصد به إلى التشنيع، لا إلى تخريج المسألة، ولا إلى إقامة حجة، والأمر في بعض ما ذكره كما ذكر، ولا تشنيع في ذلك؛ لأن ما أوجبته الأصول غير مُستَقْبَح»^(٣). وقال: «هذا مما لا معنى له؛ لأن السليم من قال بما وافق الأصول، ولم يطعن المزي على الشافعي أنه خرج عما أوجبته الأصول»^(٤).

السبب الرابع: التفقه على جهة النظر.

ومن ذلك جواب المزي عما سُئِلَ من «زكاة الجنين ذكاة أمه» ما الحجة فيه من جهة النظر، لا من جهة الخبر؟^(٥)، وقال أبو إسحاق: «لو تكلم المزي من جهة النظر وترك الخبر لكان ما قال مُحْتَمِلاً، فأما بعد صحة الخبر فلا تأويله صحيح، ولا نظره مستقيم؛ لأن النظر والقياس إنما يقع على الأصول»^(٦).

-
- | | |
|----------------------------------|---------------------------------|
| (١) انظر «التوسط» (ص: ٣٣٦). | (٢) انظر «التوسط» (المسألة: ٩). |
| (٣) انظر «التوسط» (ص: ١٦٠). | (٤) انظر «التوسط» (ص: ١٦٣). |
| (٥) انظر «التوسط» (المسألة: ٤٩). | (٦) انظر «التوسط» (ص: ٤٠٩). |

وقال أبو إسحاق في مسألة الرجوع بقيمة العيب بعد تلف المبيع: «إنَّ ما اختاره المزميُّ في هذه المسألة فيمن الشُّذُوذِ الذي لا يُلْتَفَتُ إليها ولا يُعَدُّ خِلَافًا، وأَرَى أنَّ أبا إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ تكلَّمَ بذلك على جهة النظرِ أن كان للنظرِ في ذلك مَسَاغًا، لا طَعْنًا على مَنْ تَقَدَّمَ، والذي حكاه عن الشافعيِّ فهو مذهبُ الأئمةِ مِن أهلِ الحجازِ وأهلِ العراقِ وسائرِ المذاهبِ، والنَّظَرُ أيضًا يَدُلُّ على ما قالوه، والقياسُ مع الجماعةِ، وما ألزَمَهُم المزميُّ على مذهبٍ مَنْ خالفَهُم فغفلةٌ لم يُنْعِمِ النظرَ مَنْ ألزم ذلك»^(١).

بقي سبب خامس وهو طلب موافقة جماعة العلماء، فقد ذكر المزمي في «المختصر» مسألة المسح على الجرمُوقَيْن، وذكر أن مذهب الشافعي عدم جواز المسح عليهما، وقال في القديم: «يمسح عليهما». قال المزمي: «ولا أعلم بين العلماء في ذلك خلافا، وقوله معهم أولى من انفراده عنهم»^(٢). لكنني لم أجد لهذا السبب ذكرا في «كتاب التوسط»، اللهم إلا أن يقال بذلك في مسألة بيع الرطب بالرطب^(٣)، ومسألة ضمان الوجه^(٤).

○ موقف الأصحاب الشافعية من اعتراضات المزمي:

فهذه الخمسة جماع أسباب ودوافع اعتراضات المزمي على الشافعي التي ظهرت لي من تدبر كلامه، فماذا كان موقف الأصحاب الشافعية منها ومنه؟ وليس الغرض النظر في موافقات الأصحاب الشافعية للمزمي أو مخالفاتهم اعتراضاته، فما أيسر العثور على هذا أو ذاك في التراث الفقهي الواسع، ثم إن أمر

(١) انظر «التوسط» (ص: ١٦٨).

(٢) انظر «المختصر» (الفقرة: ١١٨)، وقد ذكر هذا الأصل في «المختصر» في مواطن أخرى (انظر الفقرات: ٩٤ و ١١٨ و ٢٣٨٧ و ٣١٥٢ و ٣٥٩٧) وانظر كتابي «مقدمات المختصر» (ص: ٢٣٣).

(٣) انظر «التوسط» (المسألة: ٨). (٤) انظر «التوسط» (المسألة: ١٧).

اختلاف المجتهدين في نتائج اجتهاداتهم واسع محتمل، وإنما الغرض النظر في موقفهم عن المنهج الذي سلكه في الاعتراض وبيان مأخذهم عليه.

وأول ما يواجهنا بهذا الصدد هو رميهم للمزني بالوهم والغلط على الشافعي في الرواية ثم الاعتراض عليه، وقضية نسبة المزني إلى الوهم على الشافعي في بعض المسائل مشهورة في الفقه الشافعي، علما أن الأصحاب قلما يتفقون فيها على توهيمه، والغالب عليهم تصحيح نقله وحمله على اختلاف القولين عن الشافعي^(١).

وقد روى المزني عن الشافعي أنه قال: «إذا اشترى الرجل شِقْصًا مِنْ دَارٍ فَأَصَابَهَا نَقْصٌ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ أَنْ الشَّفِيعَ يَأْخُذُهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ التَّرْكَ، وَلَا يَحُطُّ لِلنَّقْصِ شَيْئًا». قال المزني: «ويُشَبِّهُ عِنْدِي وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ أَنَّ لَهُ أَنْ يَحُطَّ بِقَدْرِ النَّقْصِ؛ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ مَا ذَهَبَ مِنْهَا مِنْ قِبَلِ اللَّهِ أَوْ مِنْ قِبَلِ الْعِبَادِ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا ذَهَبَ فِي الْوَجْهَيْنِ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ»^(٢).

وتعقبه أبو إسحاق فقال: «إِنَّ الْمَزْنِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَحَكَى عَنِ الشَّافِعِيِّ مَا حَكَى هَاهُنَا أَنَّهُ يَأْخُذُهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَأَجَبْنَاهُ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ فِي الْجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ بِأَنَّهُ يَأْخُذُهَا بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ وَرَدَّ عَلَى مَنْ خَالَفَهُ فِيهِ». قال أبو إسحاق: «ويجوزُ أَنْ يَكُونَ مَا حَكَاهُ الْمَزْنِيُّ شَيْئًا حَفِظَهُ وَنَقَلَهُ مِنْ مَوْضِعٍ لَمْ نَقِفْ عَلَيْهِ، وَمَا حَكَاهُ الْمَزْنِيُّ فَصَحِيحٌ مِنْ جِهَةِ الرِّوَايَةِ»^(٣).

(١) انظر في قضية نسبة المزني إلى الوهم على الشافعي في بعض المسائل كتابي «مقدمات المختصر» (ص: ١٤٧)، وانظر أمثلة من المسائل التي تكلم الناس فيها على نقل المزني في فهرس «المختصر» (٢/ ٧٩٢).

(٢) انظر «التوسط» (ص: ٢٣٠).

(٣) انظر «التوسط» (ص: ٢٣١).

ومن مأخذهم على المزني في اعتراضاته: الغفلة عن مدرك الشافعي، ومن أمثلته في الكتاب مسألة القراض على شرط معونة الغلام، حيث قال المزني: «لَمَّا لم يَجْزُ أن أدفعَ إليك مَالًا قِرَاضًا على شرطٍ أن أعاونَكَ فيه بنَفْسِي لم يَجْزُ على شرطٍ أن يُعاونَكَ فيه غُلامِي». فقال أبو إسحاق: «غَلِطْتَ في تأويلك، وقِسْتَ الشيءَ على ما ليس له بنظير، وذهبتَ عن مراد الشافعي فيما قَصَدَه»^(١).

ومن أمثلته كذلك: مسألة السلم دون قبض الثمن، قال أبو إسحاق معقبا على المزني: «ليس طريقُ هذه المسألة ولا وجهُ تنزيلها ما ذهب إليه أبو إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ»^(٢).

ومن مأخذهم عليه في اعتراضاته: القطع في موضع الاحتمال، ومن أمثلته مسألة الجد مع الإخوة، حيث خالف الشافعي في قوله بتوريث الإخوة معه، وذهب إلى أنه في معنى الأب وحكمه، فتعقبه أبو إسحاق بقوله: «مسألةُ الجدِّ مع الإخوة من المسائل التي لا يُمكنُ القطعُ فيها، وإنَّما يُمكنُ في ذلك ترجيحُ حالٍ على حالٍ، وترجيحُ مذهبٍ على مذهبٍ، على حسب ما يُوفِّقُ اللهُ، ودليلُ الفريقين ليس بالواضح فيمكنُ الجمعُ بين الجدِّ والأب أو يُمكنُ التفرقةُ بينهما قطعًا، ولكن يُرجَّحُ أحدُ المذهبين على الآخرِ على حسب ما يُؤدِّي إليه الاجتهادُ، فأما إطلاقُ اللفظِ بالخطأ في أحدِ المذهبين ونسبةُ أحدهما إلى التقصيرِ كما فعل المزني فغيرُ ممكنٍ عندنا؛ لأنَّ الأمرَ في ترجيحِ أحدِ المذهبين على الآخرِ فيه دِقَّةٌ واشتباهٌ يَمْنَعُ مِنَ القطعِ به، والله يُوفِّقُنَا للحَقِّ»^(٣).

ومن مأخذهم عليه في اعتراضاته: عدم الإنصاف بل الظلم للشافعي، وهذه التهمة يكاد يكون أكثر المآخذ انتشارا وشهرة بين الأصحاب، فلا تكاد تذكر

(٢) انظر «التوسط» (ص: ١٤٦).

(١) انظر «التوسط» (ص: ٢٢٥).

(٣) انظر «التوسط» (ص: ٢٥٢).

اعتراضات المزني إلا مقرونة ومفسرة بهذه التهمة.

وقد أخرج البيهقي بسنده عن أبي عبد الله الهروي قال: «سمعت أبا زرعة الدمشقي وقلت له: ما أكثر حمل المُزني على الشافعي، فقال: لا تقل هكذا، ولكن قل: ما أكثر ظلمه للشافعي»، قال البيهقي: «وما أحسن ما قال»^(١).

وعن سعيد بن عمرو البردعي الحافظ قال: «لما رجعت إلى مصر وأردت الخروج إلى خراسان أقمت ثانيًا عند أبي زرعة الحافظ، فعرضت عليه كتاب المُزني، فكلما قرأت عليه مما خالف الشافعي جعل أبو زرعة يتسم ويقول: لم يعمل صاحبك شيئًا في اختياره لنفسه، لا يمكنه الانفصال فيما ادعى»^(٢).

وقد سبق ذكر شيء مما يدل على اتهام المزني بالطعن على الشافعي وترك النصفة معه من كلام أبي إسحاق المروزي، ومن أمثلة ذلك أيضًا: مخالفة المزني أصل نفسه في سبيل الخلاف للشافعي، فمن أصله أن كل مجتهد لا يكلف أكثر من اجتهاده، ولذلك خالف الشافعي في قوله بوجوب الإعادة على من أخطأ في القبلة، لكنه لما أتى إلى مسألة مَنْ وقف مع الإمام بعرفة يوم النحر خطأ في الاجتهاد رجع عن أصله وقال ببطلان وقوفه، وخطأ الشافعي في قوله بالصحة، ولذلك استنكر عليه أبو إسحاق هذا الاضطراب في أصل نفسه وأورد عليه الإيرادات الكثيرة، ومن أقواله خلال ذلك: «لا ندري كيف يقع لأبي إبراهيم أن ينصّر شيئًا في وقته ثم ينصّر ضده بعد أن يُخالف الشافعي في الموضعين؟»^(٣).

وقال أبو إسحاق: «هذا ما لا يُشكّل لو أنصف أبو إبراهيم من نفسه وأنصف صاحبه»^(٤).

(١) انظر «المناقب» للبيهقي (٢/ ٣٤٧). (٢) أخرجه الخليلي في «الإرشاد» (١/ ٤٣٠).

(٣) انظر «التوسط» (ص: ٩١). (٤) انظر «التوسط» (ص: ٩٢).

وقال: «لو أنصف أبو إبراهيم صاحبَه لَمَّا خَفِيَ عليه ما ذكرناه، ولكنه قد وَضَعَ في نَفْسِهِ مُخَالَفَتَهُ والاستقصاء عليه والإسراف في ذلك إذا وَجَدَ إلى ذلك سبيلاً، والله يُوفِّقُنَا وإِيَّاه لأرشدِ الأمور وَيَهْدِينَا وإِيَّاه لَمَّا يُحِبُّ وَيَرْضَى»^(١).

○ مظان اعتراضات المزني على الشافعي وأجوبتها:

وأخيراً مما يفيد من أراد التوسع في بحث اعتراضات المزني على الشافعي وأجوبة الأصحاب عنها معرفة مظان ذلك من كتب المذهب.

فمن أشهرها وأهمها: كتاب «المختصر» للمزني، فقد أكثر فيه التخريج على أصول الشافعي مخالفاً لنصوصه، وقد يجتهد على غير قاعدة التخريج فيخالفه الرأي.

ومنها: كتاب «الجامع الكبير» للمزني، وقد يسمى بـ«المختصر الكبير»، وكذلك يسميه أبو إسحاق المروزي، وهذا الكتاب وإن كان مما لا يُعرف أنه وصلنا لكن الاعتراضات التي يذكرها المزني فيه قد دخلت في شروح «المختصر» الصغير، وقد أشار إلى ذلك أبو إسحاق المروزي في آخر مسألة طلاق السكران فقال: «قد أجَبْنَاهُ عن هذه المسألة في (كتاب الشرح)؛ لأنَّه قد تكلَّم فيها في مختَصَرِهِ الصغير والكبير»^(٢).

ومنها: كتاب «المسائل المعتمدة على الشافعي»، وقد يقال: «المسائل المنشورة»، ذكره ابن عبد البر فقال: «نحو من مئة جزء مسائل منشورة في فنون من العلم ورد على المخالفين له»^(٣)، ويلاحظ أن اعتراضات المزني في هذا الكتاب أقرب إلى اجتهدات نفسه منها إلى تخريجها على قواعد وأصول شيخه الشافعي، وذلك

(٢) انظر «التوسط» (ص: ٣٢٩).

(١) انظر «التوسط» (ص: ٩٥).

(٣) انظر «الإنقاء» لابن عبد البر (ص: ١٦٩) وانظر كتابي «مقدمات المختصر» (ص: ٦٢).

على خلاف كتاب «المختصر»^(١).

وقد عني الأصحاب الشافعية بالإجابة عن اعتراضات المزي في هذه الكتب في شروحهم على «المختصر»، ومن أكثرهم عناية بها الماوردي في «الحاوي»، ومن الأصحاب من أفرد هذا الباب بالتأليف.

فمن أولهم: ابن سريج في كتابه: «التقريب بين المزي والشافعي».

ومنهم: أبو إسحاق المروزي أجل أصحاب ابن سريج في كتابنا الذي نحن بصدد «التوسط بين الشافعي والمزي».

ومنهم: أبو بكر أحمد بن الحسين بن سهل الفارسي قرين أبي إسحاق وتلميذ ابن سريج في كتابه: «الانتقاد على المزي»، و«الخلاف معه».

○ تعقيب:

وفي ختام الحديث عن اعتراضات المزي على الشافعي وأجوبة الأصحاب عنها أود التنبيه إلى أمر مهم رأيت أكثر من يعنى بهذا الباب يغفل عنه، وهو الإشارة إلى أن المزي في اعتراضاته على الشافعي لا يخرج غالبا عن الإطار العام لمشروعه الذي سخر حياته له، وهو تقريب مذهب شيخه الشافعي، فإن من مظاهر هذا التقريب جمع ما تفرق في كتب الشافعي من أشباه المسائل ونظائره، والنظر في أدلته وتعليلاته فيها تحريرا وتمحيصا، واستخراج أصوله وقواعده التي بنى عليها فقهه وتحري قوله فيما سكت عنه أو قال بخلاف قاعدته^(٢)، ومن ثم ضبط مجال تطبيق أصول الشافعي وقواعد تخريج مسائله على قياس أقواله، مسترشدا في

(١) انظر كتابي «مقدمات المختصر» (ص: ٦٨).

(٢) انظر «الفصل الثالث في ذكر مقاصد المزي من تأليف المختصر» من كتابي «مقدمات المختصر» (ص: ٨٩).

ذلك بمعرفته بالشافعي ومنهجه، ولذلك ما أكثر ما يعبر عن اجتهاداته بكلمة: «يُسَبِّهُ»، ومن أمثاله في «المختصر» قوله: «يُسَبِّهُ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ الشَّافِعِيُّ لِمَعْرِفَتِي بِلُطْفِهِ...»^(١).

وهذا شاو لا يناع أبا إسماعيل فيه كبير أحد، بل إن الأصحاب الشافعية عرفوا للمزني قدره فيما سبق إليه وبذل من الجهد في ضبط المذهب، واعترفوا له بتميزه في معرفة نصوص الشافعي وإدراك معانيه ومقاصده^(٢)، وقد حكى التاج السُّبُكِيُّ عن والده الشيخ الإمام التقي أنه قال: «لا يَعْرِفُ قَدْرَ الشَّخْصِ فِي الْعِلْمِ إِلَّا مَنْ سَاوَاهُ فِي رَتْبَتِهِ، وَخَالَطَهُ مَعَ ذَلِكَ، قَالَ: وَإِنَّمَا يَعْرِفُ قَدْرَهُ بِمَقْدَارِ مَا أَوْتِيَهُ هُوَ»، قال التاج: «وَكَانَ يَقُولُ لَنَا أَيْضًا: لَا يَقْدِّرُ أَحَدُ النَّبِيِّ ﷺ حَقَّ قَدْرِهِ إِلَّا اللَّهُ تَعَالَى، وَإِنَّمَا يَعْرِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ مَقْدَارِهِ بِقَدْرِ مَا عِنْدَهُ هُوَ، قَالَ: فَأَعْرِفُ الْأُمَّةَ بِقَدْرِهِ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ أَفْضَلُ الْأُمَّةِ، قَالَ: وَإِنَّمَا يَعْرِفُ أَبُو بَكْرٍ مِنْ مَقْدَارِ الْمُصْطَفَى ﷺ مَا تَصَلَّ إِلَيْهِ قُوَى أَبِي بَكْرٍ، وَثُمَّ أُمُورٌ تَقْصُرُ عَنْهَا قُوَاهُ لَمْ يَحِطْ بِهَا عِلْمُهُ، وَمَحِيطٌ بِهَا عِلْمُ اللَّهِ»، قال التاج: «وَكَانَ يَقُولُ لَنَا: لَا أَحَدٌ مِنَ الْأَصْحَابِ يَعْرِفُ قَدْرَ الشَّافِعِيِّ كَمَا يَعْرِفُهُ الْمُزْنِيُّ، قَالَ: وَإِنَّمَا يَعْرِفُ الْمُزْنِيُّ مِنْ قَدْرِ الشَّافِعِيِّ بِمَقْدَارِ قُوَى الْمُزْنِيِّ، وَالزَّائِدُ عَلَيْهَا مِنْ قُوَى الشَّافِعِيِّ لَمْ يَدْرِكْهُ الْمُزْنِيُّ»^(٣).

وقال الروياني: «أَحْتَسِبُ الْمُزْنِي أَفْقَهُ تِلَامِذَةِ الشَّافِعِيِّ وَأَزْهَدَهُمْ وَأَحْفَظَهُمْ لَكُتْبِهِ وَعِلْمِهِ، بَأَنَ اخْتَصَرَ مِنْ عِلْمِهِ كِتَابًا سَمَّاهُ: (الجامع الكبير)، ثُمَّ اخْتَصَرَ مِنْهُ (الجامع المختصر) الَّذِي يَتَدَاوَلُهُ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَيَتَدَارَسُونَهُ»^(٤).

(١) انظر «المختصر» (الفقرة: ١١٣٦).

(٢) انظر لما قيل في ذلك «الفصل السابع» من كتابي «مقدمات المختصر» (ص: ١٠٧).

(٣) انظر «الطبقات» لابن السُّبُكِيِّ (٢٠٢/٦).

(٤) انظر «بحر المذهب» (٢٥/١).

وعليه فإن من زيغ التأويل النظر في اعتراضات المزي خارج إطارها الذي ظهرت فيه، ومن الظلم للمزي تقييم عطائه على أساس تلك الاعتراضات بعيدا عن قاعدتها التي كونت دوافعها وأسبابها، وحق البحث وضعها في مواضعها من مشروع المزي ومؤلفاته، ثم موافقته فيها أو مخالفته على حسب النصوص الشرعية والعلل والمعاني.

ولا يتأول أحد بصنيع أبي إسحاق المروزي فليس هذا المنحى إليه أو منه، فإنه رَحِمَهُ اللهُ مع تصديه للرد على المزي والجواب عن اعتراضاته ومع شدته على المزي في بعض عباراته، فلم يكن شيء من ذلك تنقضا من علمه أو تزهدا في كتبه ومؤلفاته، كيف وقد أخرج البيهقي عن تلميذه محمد بن سليمان أبي سهل الصعلوكي أنه قال: قال لي أبو إسحاق المروزي في شيء جرى بيني وبينه: لِمَ لا تنظر في «المختصر»؟ فقلت: ما جئتك من خراسان حتى فرغت من نظري في «المختصر». فقال: انظروا، يقول مثل هذا وأبو العباس بن سريج يقول: ما نظرت فيه من مرة إلا واستفدت فائدة جديدة^(١).

وأما عنايته بالجواب عن اعتراضات المزي فلا شينا فيه، وإنما تحقيقا للحق وإثارة للبحث وتدقيقا في ضبط مدارك الأحكام، ولذلك تسببت عنده لدائرة واسعة من المعارف الفقهية نشير إلى طرف منها في الباب التالي.



(١) أخرجه البيهقي في «المناقب» (٢/ ٣٤٥).

الباب الرابع

في ذكر دائرة معارف كتاب التوسط

لا أعلم أنه بلغنا من كتب أبي إسحاق المروزي ومؤلفاته إلا هذا الكتاب الذي نحن بصددده، ولا يخفى أن كتابا واحدا لا يكفي لتصور دائرة معارف مؤلفه وعلومه، بل ليس ذلك من مقاصد عقد هذا الباب إلا عرضا من باب التقريب، وإنما المقصود النظر في دائرة معارف الكتاب نفسه باعتباره ردا على المزي وجوابا على اعتراضاته، وبدافع من إبراز ما لتلك الاعتراضات من الآثار الإيجابية في إثارة مختلف المناهج البحثية، وعميق الأثر في تكوين فنون علم المذهب.

فمن معارفه: تخريج الفروع على مسائل أصول الفقه.

ومن أمثله: مسألة تصويب المجتهدين، فذكر أبو إسحاق مذهب المزي في من أخطأ الوقوف في يوم عرفة وقوله: «إنه إذا لحقه اسم الخطأ لزمته الإعادة». ثم تعقبه فقال: «لا نعلم أن أحدا قاله؛ لأن من يذهب إلى أن كل مجتهد مصيب لا يسميه مخطئا، ولا يلزمه الإعادة في عرفة ولا في قبلة، فأما أبو إبراهيم فليس هذا مذهبه، وكتبه ملأى من تخطئة الناس ونسبتهم إلى الخطأ لقياس قوي وضعيف، وإذا لم يكن هذا مذهبه ولا مذهب صاحبه فقد علم أن الخطأ قد لحقه، ولكن من الخطأ ما يغفى له عنه ويحتسب له بفرضه، ومن الخطأ ما تلزمه معه الإعادة ولا يغفى له عنه على حسب دلائل الأصول في سقوط الإعادة ووجوبها»^(١).

وقد أفردت جملة جيدة من مسائل أصول الفقه التي ذكرها المزي أو أبو إسحاق تصريحاً في آخر الكتاب في فهرست القواعد الأصولية.

(١) انظر «التوسط» (ص: ٩٣).

ومن معارفه: علم القواعد والضوابط الفقهية.

ومن أمثلته: قال المزني: «جعل الشافعي رَحْمَةُ اللَّهِ الأحكامَ مُعْتَبَرَةً بِفَاعِلِهَا، ولذلك جَعَلَ طلاقَ الحُرِّ الأَمَةَ ثلاثًا وَعِدَّتَهَا قُرْآنًا، وطلاقَ العبدِ الحُرَّةَ تطليقتين وَعِدَّتَهَا ثلاثةَ أقراءٍ، ألا تَرَى أَنَّ الْمُخَصَّنَ يَزْنِي بِالْبَكْرِ فَيُرْجَمُ وتُحَدُّ هي مئةً، والزنا واحدٌ، وَيَزْنِي بِالْأَمَةِ فَيُحَدُّ مئةً وتُحَدُّ خمسين، وَيَزْنِي بِهَا فَيُرْجَمُ هو ولا حَدٌّ عَلَيْهَا، فقد جعل الشافعي الأحكامَ بِفَاعِلِهَا»^(١).

فتعقب أبو إسحاق إطلاق هذه القاعدة عند المزني وقال: «هذا صحيحٌ فيما كان من حقوقِ الله، فأما حقوقُ الأَدَمِيِّينَ فمخالِفٌ لذلك، ألا تَرَى أَنَّ الحُرَّ لو قَذَفَ أَمَةً لَمْ يُجْلَدْ ثَمَانِينَ وَيُعَزَّرُ، ولم يُعْتَبَرِ حالُهُ دون حالِ المَقْدُوفِ، فَكُمِّلَ حَدُّهُ لِكَمَالِ المَقْدُوفِ ونُقِصَ حَدُّهُ لِنَقْصِ المَقْدُوفِ، فاعْتُبِرَ حالُ المَقْدُوفِ في قَذْفِهِ، ولم يُعْتَبَرِ حالُ مَنْ زَنَا بِهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لِلَّهِ عَزَّوَجَلَّ، فاعْتُبِرَ حالُ الفاعِلِ، وَذَلِكَ حَقٌّ لِأَدَمِيِّ، فاعْتُبِرَ حالُ مَنْ وَجِبَ لَهُ الْحَدُّ، فهذا أصلُ الشافعي»^(٢).

وقد أفردت جملة جيدة من القواعد والضوابط الفقهية التي ذكرها المزني أو أبو إسحاق تصريحاً في آخر الكتاب في فهرست القواعد.

ومن معارفه: علم الفروق والأشباه والنظائر.

وهي كثيرة جداً في الكتاب، لا يكاد تخلو مسألة من ذكر شيء منها، ومن أمثلته: لا يجوز بيع التمر قبل أن يبدو صلاحها، ويجوز بعده، قال أبو إسحاق: «بيعُ التَّمْرِ قبلُ بُدُوِّ الصَّلاحِ الْأَغْلَبُ فِيهِ الْغَرَرُ، حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُهُ فَيَصِيرَ الْأَغْلَبُ السَّلامَةُ وَبُعْدُهُ مِنَ الْعَاهَةِ فَيَجُوزُ حِينَئِذٍ، وَلَوْ لَا بُعْدُهُ مِنَ الْغَرَرِ لَمَا أُجِيزَ وَإِنْ بَدَأَ صَلاحُهُ»^(٣).

(١) انظر «التوسط» (ص: ٣٦١).

(٢) انظر «التوسط» (ص: ٣٧٤).

(٣) انظر «التوسط» (ص: ١٤٥).

وقال: «إِنَّ الْعُقُودَ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْإِجَارَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ إِنَّمَا تُجْرَى عَلَى مَا يُمَكِّنُ مِنْ دَفْعِ الْغَرَرِ، وَقَدْ يَبْطُلُ بَعْضُ الْعُقُودِ لَغَرَرٍ يُمَكِّنُ إِزَالَتَهُ بِلا ضَرَرٍ، وَيَجُوزُ عَقْدٌ فِيهِ مِنَ الْغَرَرِ أَكْثَرُ مَا فِي الْأَوَّلِ إِذَا لَمْ يُمْكِنِ إِزَالَةُ ذَلِكَ إِلَّا بِضَرَرٍ، فَيُفَرِّقُ بَيْنَ الْعَقْدَيْنِ وَهُمَا مُسْتَوِيَانِ فِي الْغَرَرِ، بَلْ قَدْ يَجُوزُ أَكْثَرُهُمَا غَرَرًا وَيَبْطُلُ أَقْلُهُمَا غَرَرًا لِاخْتِلَافِهِمَا فِي إِمْكَانِ إِزَالَةِ الْغَرَرِ بِلا ضَرَرٍ»^(١).

ومن معارفه: علم علل الأحكام ومقاصد الشريعة.

ومن أمثله: قال في بيان حكمة مشروعية الإجارة: «الإجارة في الحقيقة عقدٌ على منافع غير موجودة ولا مخلوقة، غير أن الضرورة أدت إلى العقد عليها فَأُجْرِيتْ مَجْرَى الْأَعْيَانِ الْمَقْبُوضَةِ مَا دَامَتْ عَلَى السَّلَامَةِ؛ لِأَنَّ حَاجَةَ النَّاسِ إِلَى الْعَقْدِ عَلَى الْمَنَافِعِ كحاجتهم إلى العقد على الرِّقَابِ، وَالْمَنَافِعُ مَا مَضَى مِنْهَا لَا يُمْكِنُ الْعَقْدُ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ شَيْءٌ فَاتٌ، وَالْمُسْتَقْبَلُ غَيْرُ مَخْلُوقَةٍ، وَلَيْسَ فِي الْمَنَافِعِ شَيْءٌ مَوْجُودٌ مَخْلُوقٌ وَيُمْكِنُ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ دُونَ الْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ، فَأَدَّتِ الْضَّرُورَةُ إِلَى أَنْ يُعْقَدَ عَلَى الْمُسْتَقْبَلِ بِتَسْلُمِ ذَلِكَ أَوَّلًا فَأَوَّلًا، وَأُجْرِيتْ مَجْرَى الْأَعْيَانِ الْمَخْلُوقَةِ الْمَقْبُوضَةِ»^(٢).

ومن معارفه: علم الاستنباط والاجتهاد من النصوص الشرعية.

ومن طريف ما ورد في الكتاب من ذلك رِضَاعُ سَالِمٍ خَمْسًا، قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: «إِنَّمَا أَبَاحَ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا لِمَا كَانَ قَدْ تَقَدَّمَ مِنَ التَّبْنِيِّ، وَأَنَّ ذَلِكَ كَانَ يُوجِبُ مِنَ الْحُرْمَةِ مَا تُوجِبُهُ الْوِلَادَةُ، فَلَمَّا أَبْطَلَ اللَّهُ ذَلِكَ شَقَّ عَلَى النَّاسِ الْاِمْتِنَاعُ مِنْ دُخُولِ مَنْ قَدْ عَدَّوهُ وَلَدًا، فَجَعَلَ لَهُمُ الرِّخَصَةَ فِي الرِّضَاعِ لِيُقِيمُوا عَلَى مَا كَانُوا

(١) انظر «التوسط» (ص: ٢٢١).

(٢) انظر «التوسط» (ص: ١٤٣).

عليه مِنَ التَّبَنِّي، وكَانَهُمْ يُقْلُوا مِنْ وَجْهِ إِلَى وَجْهِ، وَلَا يَجُوزُ بَعْدَ ذَلِكَ الْوَقْتِ أَنْ تُرْضَعَ كَبِيرًا، وَلَا يَقَعُ بِهِ التَّحْرِيمُ»^(١).

ومنه: استنباطه الفرق بين عقد البيع وعقد النكاح من قول الله عَزَّجَلَّ: ﴿وَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٥]، قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ: «سَمِيَ الْمَهْرَ أَجْرًا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُسَمَّى الثَّمَنُ فِي الْبَيْعِ أَجْرًا، وَإِنَّمَا يُسَمَّى ذَلِكَ فِيمَا كَانَ عَقْدًا عَلَى الْمَنَافِعِ لَا عَلَى الرِّقَابِ»^(٢).

ومن معارفه: علم أدلة الأحكام من الآيات والسنن.

ويلاحظ على أبي إسحاق ضعف بعض الأحاديث التي يوردها مورد الحجج، بل قد يرد به الصحيح الذي يستدل به المزني على مذهبه، ومن أمثلته ما ورد في سبب نزول قول الله جل وعز: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾ [البقرة: ١٥٨].

قال المزني: «ذَكَرَ أَنَّهُمْ كَرِهُوا الطَّوَافَ بِذَلِكَ الْمَوْضِعِ لِأَنَّ أَهْلَ الْكُفْرِ كَانُوا يَفْعَلُونَهُ فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّجَلَّ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾ أَي: هُوَ فَرَضَكُمْ وَإِنْ كَانَ أَهْلُ الشَّرْكِ يَفْعَلُونَهُ فَلَا تَدْعُوهُ لِمَجَامِعَتِهِمْ إِيَّاكُمْ فِيهِ»^(٣).

فتعقبه أبو إسحاق بقوله: «مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا نَزَلَتْ مِنْ أَجْلِ إِدْخَالِ الْعُمْرَةِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ وَأَنَّ الْمَشْرِكِينَ وَالْمُسْلِمِينَ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ كَانُوا يَتَوَقَّعُونَ ذَلِكَ، بَلْ يَعُدُّوهُ مِنَ الْكِبَائِرِ، فَنَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ فِي إِدْخَالِ الْعُمْرَةِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ وَفِي إِبَاحَةِ السَّعْيِ وَالطَّوَافِ لِلْعُمْرَةِ، فَإِنَّمَا نَزَلَتْ رَخْصَةً فِيمَا كَانَ عِنْدَ الْمُسْلِمِينَ مُحْظُورًا، أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ امْتَنَعُوا بَعْدَ نَزُولِ الْآيَةِ وَرَاجَعُوا النَّبِيَّ ﷺ وَقَالُوا: (يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ نَخْرُجُ إِلَى مِنًى وَمَذَا كَبِيرُنَا تَقْطُرُ مِنِّيَا)، فَامْتَنَعُوا مِنْ

(١) انظر «التوسط» (ص: ٢٠٩).

(٢) انظر «التوسط» (ص: ٢٦٧).

(٣) انظر «التوسط» (ص: ٨٥).

إدخالِ العمرة في أشهرِ الحجِّ ومن التحليلِ بعد الإحرامِ بعد نزولِ الآيةِ لِمَا كانوا عليه من الامتناعِ حتَّى أُلجِيَ النَّبِيُّ ﷺ إلى أن فسخَ عليهم حجَّهم ليضطرَّهم إلى العمرة في أشهرِ الحجِّ لِيَزُولَ ما هم عليه مِنَ التَّوَقُّي مَخَافَةَ الإِثْمِ عليهم، فهذا المعنى في نُزُولِ الآيةِ في الرُّخْصَةِ في أمرِ الصفا والمروة»^(١).

قلت: ما ذكره المزني رواية الصحيحين في سبب نزول الآية، وأما الحديث الذي ذكره أبو إسحاق فليس فيه إشارة إلى أن الآية نزلت بسببه، وكان أبا إسحاق قاله تفقها، والله أعلم.

فهذه شذرة من معارف الكتاب ذكرتها دلالة على فضله من جهة، وتنويعها بفضل اعتراضات المزني وتخريجاته التي أثارت هذه المعارف وأسست لهذه الفنون في المذهب الشافعي من جهة أخرى.



(١) انظر «التوسط» (ص: ١٠٠).

الباب الخامس

في بيان عملي في تحقيق الكتاب

○ تصحيح النص على الأصل المخطوط:

اعتمدت في تحقيق هذا الكتاب الجليل ونشره على نسخة فريدة من مكتبة جامعة ييل (رقم الحفظ: Landberg MSS 314)، وهي نسخة ناقصة من أولها، تبدأ من أواسط «كتاب الحج»، وأعتقد أن الموجود منها يمثل قدر ثلاثة أرباع الكتاب أو أكثر قليلاً، وهي في مئة وخمس وسبعين لوحة.

ورغم إهمال الناسخ ذكر تاريخ نسخته للكتاب فإن مخايل القدم واضحة على النسخة من أول النظر في أسلوب كتابتها، ومن الظواهر التي تغلب عليها:

- إثبات حرف العلة في الفعل المجزوم.
- وإثبات الياء في نحو: «ثاني = ثاني، تأن = تأنى».
- والاقتصار على قوله: «صلى الله عليه» دون ذكر السلام حيث ورد ذكر النبي ﷺ.

هذه وأمور أخرى غيرها تدل على قدم النسخة وإن لم تحدد تاريخها بالتعيين. ومما يستوقف النظر ويبعث على التأمل ما ورد في آخر النسخة من قول الناسخ: «نقل من نسخة سقيمة جداً، وعورض بها». فهذه العبارة تحمل ثلاث دلالات:

الدلالة الأولى: تصريح الناسخ بالأصل الذي نقل منه النسخة يدل على معرفته بمهنة النسخ، ويزيد من قيمة النسخة، على خلاف النسخ الكثيرة التي لا ينص أصحابها على الأصول التي نقلوا منها.

والدلالة الثانية: معارضة الفرع المنسوخ على أصله السقيم، وهذا عمل الناسخ وواجبه، والعبارة تدل على أن الناسخ كان أميناً في النسخ عارفاً به، والنسخة يؤيد هذه الدلالة ويقويه بأمور:

أولها: علامات المقابلة من الدوائر المنقوطة في خلال نص الكتاب من أوله إلى آخره.

وثانيها: التضييب على مواضع الإشكال في النص دلالة على أنها كذلك في الأصل المنقول منه النسخة، وبياناً أنها ليست من أوهمام الناسخ.

وثالثها: كثرة ما ورد في عمود الكتاب أو هوامشه من تصحيح التصحيف، واستدراك السقط.

ثم إن الناسخ لم يكتف بالنسخ عن هذا الأصل والمعارضة به، وإنما قابله بنسخة أخرى ناقصة، ذكرها في أثناء الكتاب، فكتب في هامش (لوحة: ٤٧ / أ): «أول إلى العاشر من نسخة أخرى، وآخره أول كتاب القراض». يشير إلى أنه بداية من هذه اللوحة ووصولاً إلى «كتاب القراض» (لوحة: ٧١ / ب) اعتمد على نسخة أخرى.

والنسخة توجد في هوامشها إشارات إلى ما في نسخ أخرى للكتاب، وهي في قسم النسخة الثانية المشار إليها من الكتاب وفي غيره أيضاً، وكلها بنفس الخط الذي كتب به عمود الكتاب، ويدل ذلك على أن الناسخ رجع في تصحيح الكتاب إلى أكثر من نسخة أو نسختين، كما أنه يؤكد جهد الناسخ في تصحيح الكتاب واجتهاده في استدراك ما نقصه سقم الأصل المعتمد عليه عنده.

والدلالة الثالثة: الحكم على الأصل الذي نسخت هذه النسخة منه بأنه سقيم جداً، وقد يقال بأنه ليس لنا في ظل غياب هذا الأصل إلا الإقرار بحكم الناسخ

ووصفه والتسليم له، لكنني أعتقد أن قول الناسخ في أصله الذي اعتمده بأنها «نسخة سقيمة جدا» ليس دقيقا، وأرى أن الذي حمّله على هذا الاعتقاد ما في أسلوب الكتاب من المخالفات لقواعد العربية والمعروف المقرر من أساليب العربية، فلا تكاد تقرأ صفحةً من الكتاب إلا وتجد فيه شيئا من ذلك أو أشياء، فحملها على ناسخ الأصل، واستبعد أن تكون من المصنف.

وهذا قول يصح الذهاب إليه، إلا أن الذي رجح عندي أن هذه المخالفات من المصنف نفسه، وليست من أخطاء وأوهام الناسخ، وذلك لأمر:

أولها: أنها ليست من أنواع الأخطاء التي يقع في مثلها النساخ، فلا علاقة لها بانتقال النظر، وليست من باب إهمال سطر أو تصحيف حرف بما يقاربه ويشبهها في الخط، وإنما هي أخطاء في الإعراب الأقرب فيها على النساخ سلوك الجادة لولا اتباع النقل والأصل.

وثانيها: ما سبق من ثبوت اللحن في العربية عن أبي إسحاق، وقول أبي الفرج المالكي له: «إنك تلحن، فلو أصلحت من لسانك» تدل على أن اللحن يتكرر ويكثر منه، وقد يقال: بأن اللحن الذي ثبت عن أبي إسحاق إنما هو في المناظرة، حيث يتكلم المرء فيها على البديهة فيقع في اللحن القليل أو الكثير، ولا كذلك التأليف، لكن «كتاب التوسط» الذي نحن بصدده ألفه أبو إسحاق إملاء، والإملاء أشبه بالمناظرة منه بالتأليف الذي يعنى صاحبه بتهذيب عباراته وتصحيحها.

وثالثها: أن الناسخ إذ يصحف ويحرف لا تقتصر تصحيقاته على مخالفة الإعراب وقواعد العربية من دون سائر وجوه التحريف، ونص الكتاب سليم في الجملة سوى ما وقع فيه من اللحن، اللهم إلا مواضع يسيرة ترجح لي وهم الناسخ فيها.

فهذه الأمور مجتمعة تؤكد أن ما وقع في النسخة من اللحن مصدره المصنف دون الناسخ، وعليه أيضا يجوز لي ترجيح أن الأصل الذي اعتمده الناسخ أصل صحيح على خلاف ما قرر من سقمه.

○ إصلاح المخالفات الواردة في النسخة لأساليب العرب:

وقد كان من الرأي حصر تلك المخالفات وإيرادها هنا مع التنبيه إلى مواقعها من الكتاب، لكنني وجدته يكثر ويطول، فاستغنيت عن ذلك بالتنبيه إليها في مواردّها، ويسهل على من طلبها تتبعها من هوامش الكتاب، وأكتفي في قسم الدراسة بذكر جماع أنواعها، وهي أربعة:

النوع الأول: اللحن الصريح الذي لا يمكن حمله على وجه صحيح، مثل قوله: «أَلَا تَرَى لَوْ زَنَى بِجَمَاعَةٍ نِسْوَةٌ لَكَانَ عَلَيْهِ حَدًّا وَاحِدًا، وَلَوْ وَطَّئَهُنَّ بِشَبْهَةٍ لَوَجَبَ عَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرًا، وَكَذَلِكَ لَوْ زَنَتْ بِجَمَاعَةٍ رِجَالٌ لَكَانَ عَلَيْهَا حَدًّا وَاحِدًا، وَلَوْ وَطَّئُوهَا بِشَبْهَةٍ لَكَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَهَا مَهْرًا»^(١).

ومن أمثله قوله: «وَرَبِمَا أَطْلَقَ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللَّهِ الْفِظَ فِي سَقُوطِ الْكُفَّارَةِ إِذَا عَاوَدَ، يُرِيدُ بِهِ عِنْدَنَا: سُقُوطُهُ إِلَى أَنْ يَأْتِيَ بِالْكَفَّارَةِ حَسَبَ مَا قَالَهُ فِي اللَّبَاسِ وَالطَّيْبِ، فَالْقَوْلَانِ قَبْلَ الْكُفَّارَةِ مُحْتَمِلَيْنِ، فَأَمَّا بَعْدَ الْإِتْيَانِ بِالْكَفَّارَةِ فَلَا وَجْهَ لِسَقُوطِ الْكُفَّارَةِ عَلَى مَذْهَبِهِ»^(٢). وقوله: «وَكِلَا الْوَجْهَيْنِ مُحْتَمِلَيْنِ، وَبِأَيِّهِمَا قِيلَ فَفِيهِ إِفْسَادٌ مَا أَتَى بِهِ الْمَزْنِيُّ»^(٣). وقوله: «فَكَذَلِكَ السُّكْرَانُ وَالنَّائِمُ مُجْتَمِعَيْنِ فِي زَوَالِ الْعَقْلِ»^(٤). هكذا «محتملين» و«مجتمعين» بالياء على النصب فيهما.

(٢) انظر «التوسط» (ص: ١٢٠).

(٤) انظر «التوسط» (ص: ٣٢٧).

(١) نظر «التوسط» (ص: ٢٩٥).

(٣) انظر «التوسط» (ص: ٣٢٠).

النوع الثاني: ما يمكن تصحيحه بتغيير بناء الفعل، مثل قوله: «ألا ترى أنَّ الحامل لو ضُربَ بطنها فأسْقَطَتْ وَلَدًا حَيًّا ثُمَّ ماتا لَوَجَبَ في كُلِّ واحدٍ منهما ديةٌ، ولو أسْقَطَتْهُ مَيِّتًا لَوَجَبَ فيه الغُرَّةُ، ولو ماتت والولدُ في بطنها لم يُثَبِّتْ للولدِ حكمًا، وكان قتلها حاملًا أو حائلاً واحداً لا حكمَ للولد؛ لأنَّه كعُضْوٍ مِنْ أعضائها ما دامَ في بطنها، فإذا انفَرَدَ ثَبَّتَ له الحكمُ»^(١). هكذا بالنصب: «لم يثبت للولد حكمًا»، ولا يخفى أنه صحيح إذا بنينا الفعل المضارع من باب «أفعل» فقلنا: «لم تُثَبِّتْ للولد حكمًا»، لكن ذلك لا يناسب قوله في آخر الفقرة: «إذا انفرد ثبت له الحكم».

ويدخل تحت هذا النوع قوله: «فإن كان ذلك غيرَ معصيةٍ لَحَقَّ صاحِبُه التَّرفِيهُ، وإن كان ذلك معصيةً لم يَلْحَقْ صاحِبُه تَرْفِيهاً، وَلَحِقَه التشديدُ والتغليظُ، والله أعلم»^(٢). هكذا بنصب «ترفيها»، ويمكن تصحيح ذلك بأن يقال: «لم يلحق صاحِبُه ترفيهاً»، لكن هذا يخالف سياق قوله بعد ذلك: «ولحقه التشديد والتغليظ».

النوع الثالث: ما يمكن تصحيحه بالحمل على الرسم وقواعد الإملاء، مثل قوله: «فقد عَلِمَ أن ليس كُلُّ مَنْ أَظْهَرَ السُّكْرَ سكراناً، ولا كُلُّ مَنْ أَظْهَرَ زَوَالَ العقلِ بالشُّرْبِ كان صادقاً»^(٣). هكذا بحذف الألف من قوله: «سكران»، ويدل على أن الحمل فيه على الرسم قوله عقيبهِ: «صادقاً» بإثباتها، والجملتان من بابة واحدة.

النوع الرابع: ما يمكن توجيهه بموافقة بعض اللغات التي صحت على خلاف المشهور من كلام العرب، ومن أمثلته التي تترد كثيراً إثبات حرف العلة في الفعل المجزوم.

(٢) انظر «التوسط» (ص: ٣٢٩).

(١) انظر «التوسط» (ص: ٣١٠).

(٣) انظر «التوسط» (ص: ٣١٩).

ثم إن الناسخ صحح هذه المخالفات في أماكن كثيرة من النسخة، إما في الهامش مع الإشارة إلى موضع التصحيح، أو في عمود الكتاب نفسه، وبقيت أشياء على الأصل دون تصحيح.

ومن منهجي اتباع الناسخ في تصحيحاته غالباً مع التنبيه في الهامش إلى ما كان في الأصل قبل التصحيح، وأزيد عليه فأصحح ما فاته من المخالفات، وأستثني من هذه القاعدة المخالفات التي تدخل في النوع الرابع، فالغالب علي إثبات ما في الأصل، وأشير في الهامش إلى صنيع الناسخ فيما أصلح منه.

○ تشكيل نص الكتاب وتوزيعه:

ومن الأمور الظاهرة في النسخة: إهمال جميع الحروف، فلا نقط ولا إعجام فيه إلا فيما قل وندر، وقد كلفني ذلك رهقاً وأدى إلى صعوبات كبيرة في قراءة بعض الكلمات والجمل، وبعض الكلمات في ظل غياب الإعجام تحتمل أوجهها مختلفة في القراءة، فكان لا بد من قلبها على وجوهها المحتملة ثم اختيار أحسنها في السياق وأقربها مأخذاً.

وبدافع التخفيف على القراء وابتغاء الجمال الذي تقر له العيون ويسر الخاطر توخيت في تشكيل النص:

- إعجام ما أهمل في الكتاب من الحروف المعجمة.
- ضبط النص بالحركات ضبطاً متوسطاً يساعد على القراءة الصحيحة له بناء وإعراباً.
- ترقيم النص وتفقيره باعتبار مقاطع الكلام وترابط المعاني، بما يساعد القارئ على التركيز والاستيعاب.

- تغميق بعض النصوص لشد الانتباه إليها، سواء كانت أحاديث قولية استدل بها المصنف، أو نصوص المزني التي اختصها في جوابه بالنقد المفصل.

- الربط بين الكتاب المطبوع وأصله المخطوط بالإشارة إلى أرقام لوحاتها مع بيان وجه اللوحة الأولى والثانية / ، وذلك ابتغاء التيسير على من أراد المقارنة والتأكد مما يشك في صحته من النص.

ومن الأمور التي قمت بها في خدمة الكتاب سوى ما سبق ذكره:

- وضع عناوين دالة على مسائل الكتاب، نظراً لأن عناوين المصنف مبهمة لا تدل على المسألة المقصودة بالبحث.

- تخريج الأحاديث الواردة في الكتاب تخريجاً مختصراً.

- تخريج مسائل الكتاب الرئيسة من كتاب «المختصر» للمزني أو كتب الشافعي «الأم» وغيره.

- تخريج مذاهب العلماء وأقوال الصحابة والتابعين من كتب الاختلاف.

- شرح بعض الكلمات الغريبة التي وردت في الكتاب.

- قدمت للكتاب بدراسة مفصلة تمثل المدخل إليه.

- صنعت للكتاب ثلاثة فهارس: الأولى: للقواعد والفوائد الأصولية، والثانية: للقواعد والضوابط الفقهية، والثالثة: لموضوعات الكتاب ومسائله.



314

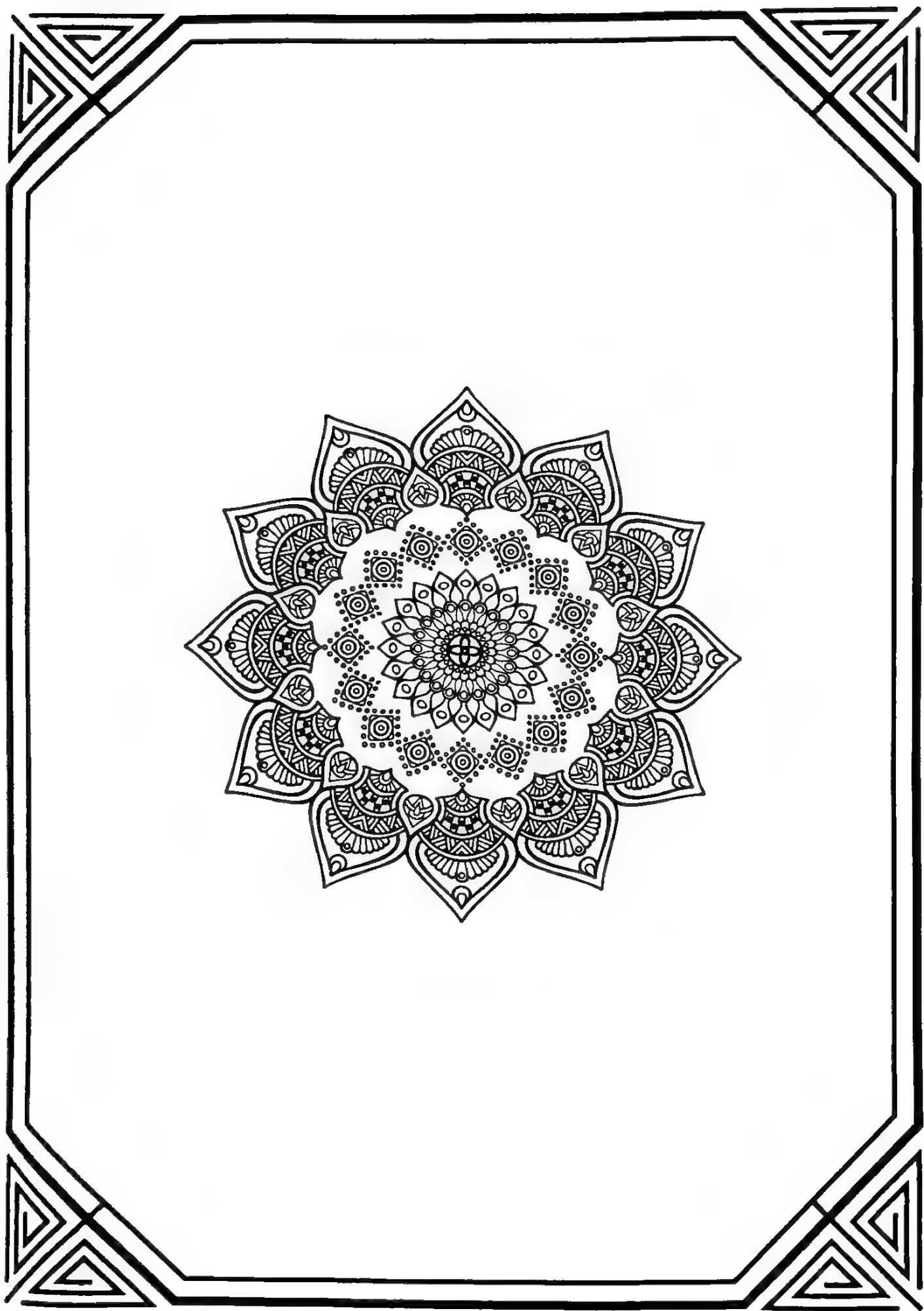
الصبر وغيره فله في افعال الجمع على ان جميع ذلك
محترم وان نصر الله عز وجل على القبل عام ان النصر على القبل
انما هو بالكرامة معظم المقصد منه لا على الماحة
واذا كان ذلك كذلك دخل في ما كان مملوكا او
غير مملوك بظاهر الالة ومدى السبي حرمة مع من
وجه وقد كسبه حرمة من وجه من وجه كسبه اكثر
من ذلك وقد كسبه حرمة من وجه واحد وظهر
بعض ذلك على بعض غير من صور الالة على ملك
غيره محظورا او على الالة على قسده في الاحرام محظورا
ثم يكون الالة على قسده في الحرمة وان لم يصح محظورا
ولا كان الصدم مملوكا محظورا بالحرمة وحده ولو وحده
قاله انما في من ان يكون المملوك غير محظورا بالاحرام
الله عز وجل انما حرمة في الاحرام ملك ان يكون حلالا
بعد حرمة من الاحرام لو كان ملكا كان محظورا من حول
الحرم المحرم بالاحرام لانه اذا حل لاكل له بالاحرام ملك
يكون محظورا بالحرمة فان حار ان يكون ذلك حلالا
في الالة وان كان بالاحلال يخرج من الحرم بالحرمة
بالحرمة كذلك حل ما كان مملوكا وان كان لاكل له
من جهة ملك الالة من ان قال الظاهر من ذلك
لولا الالة في امره كزومه في الحرمة فله منعه

انما شرط اكله حلال الا ان يشي بمحمدا عليه السلام ولم يلقه قال
 من اوصاه عليه في الرقعة انه في المكاتب وادب الاصابع
 زكاه حله موثقه لم يلبس الى غرض الناس بها هذا وصيه
 وادب اكله هدايه كبرى وهو نص الله جل وعز في موضع
 مراد في جميع المواضع التي ذكرها في هذا الموضع
 فغير مكره بما ايدى اكله مطهرها عليه وهو خارج عن
 ولا يستحق اسم الحرام حله على ذلك عند عدمه من كمال
 ندره ووصيه فاعرض السائر الى الكراهه من الاجزاء
 غرضه هذه المنسلة بغير الكلام فيها وانما ذكرها
 او ما اذكري في الطعن على السافى والمسلمه مذكرة
 في كتاب الايمان مستقصاه والله اعلم واحكم

اخر كتاب التوسط الذي املاه بمصر

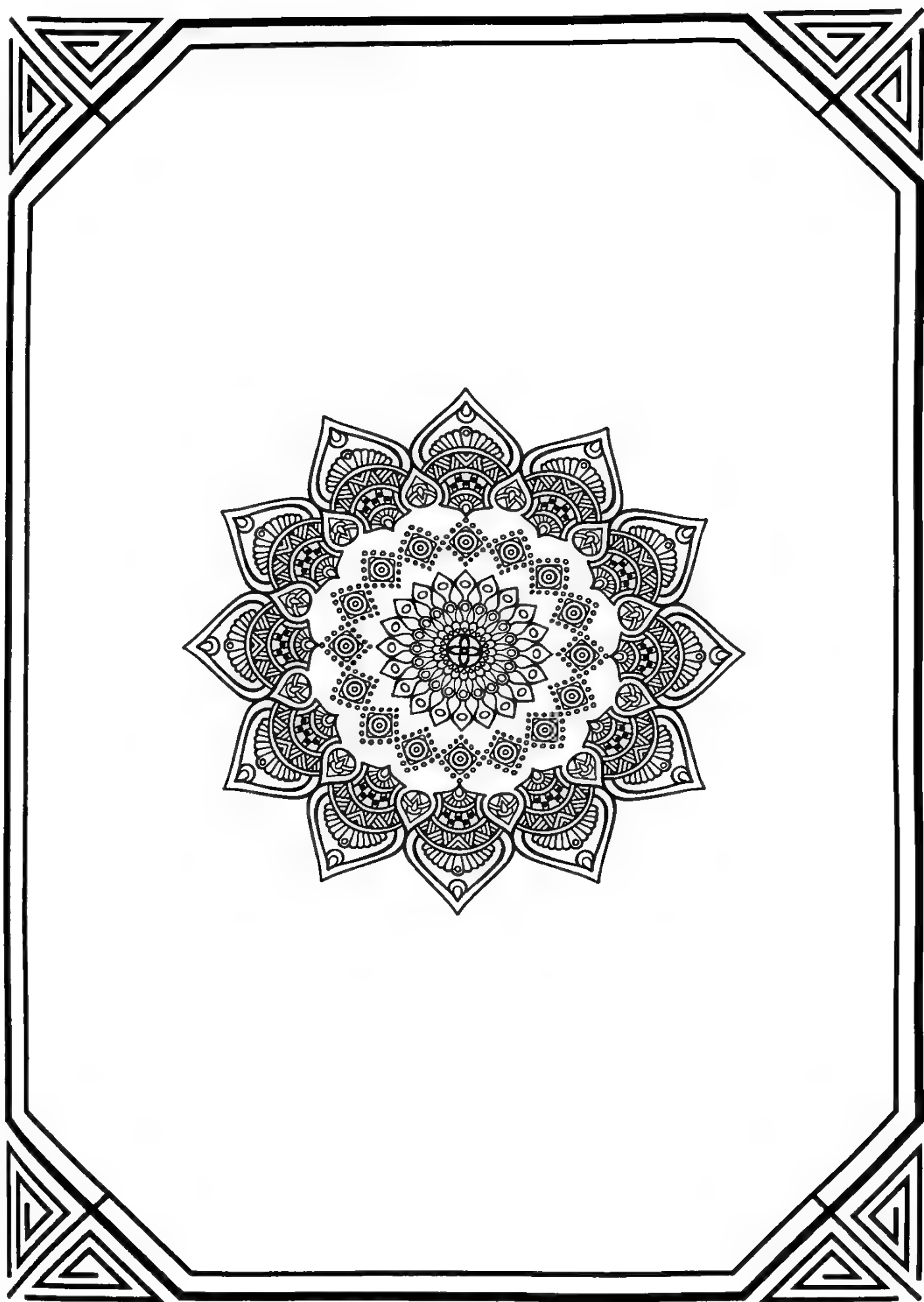
والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد

النبي وآله وسلم تسليم





قسم التحقيق



(١) [مسألة قتل الصيد المملوك للمحرّم^(١)]

/ التصرف غير قتله، ففي اتفاق الجميع على أن جميع ذلك محرّم وأن نصّ الله عزّ وجلّ على القتل علم أن النصّ على القتل إنما خصّ بالذكر لأنّه مُعظّم المقصّد منه، لا على إباحة غيره.

وإذا كان ذلك كذلك، دخل فيه ما كان مملوكًا أو غير مملوك بظاهر الآية، وقد ثبتُ للشيء حُرْمَةٌ تمنع منه من وجه، وقد تجبّ له حُرْمَةٌ من وجهين، وقد يجبّ له أكثر من ذلك، وقد يجبّ ذلك جميعًا في وقت واحد، وقد يطرأ بعض ذلك على بعض، فغير مُنكَر أن يكون الإقدام على ملك غيره محظورًا، وعلى الإقدام على قتله في الإحرام محظورًا، ثم يكون الإقدام على قتله في الحرّم وإن لم يكن مُحرّمًا ولا كان الصيد مملوكًا محظورًا بالحرّم وحده.

ولو وجب ما قاله المزي من أن يكون المملوك غير محظور بالإحرام لأنّ الله عزّ وجلّ إنما حرّم في الإحرام ما يجب أن يكون حلالًا بعد خروجه من الإحرام = لوجب أن ما كان محظورًا بدخول الحرّم لا يحرّم بالإحرام؛ لأنّه إذا حلّ لا يحلّ له بالإحرام، بل يكون محظورًا بالحرّم، فإن جاز أن يكون ذلك داخلًا في الآية

(١) هذه المسألة ذهب أولها فيما سقط من المخطوط، ويمكن تصوير اختلاف الشافعي والمزي فيها بما جاء في «المختصر» (الفقرة: ٩٧٠).

قال الشافعي رحمته الله: وما قتل من الصيد لإنسان فعليه جزاؤه للمساكين وقيّمته لصاحبه، ولو جاز إذا تحوّل حال الصيد من التوحّش إلى الاستئناس أن يصير حكمه حكم الأيسر جاز أن يُضحيّ به ويُجزّي به ما قتل من الصيد، وإذا توحّش الإنسيّ من البقر والإبل أن يكون صيدًا يُجزّيه المخرّم ولا يُضحيّ به، ولكن كلّ على أصله.

وقال المزي رحمته الله كما في «الحاوي» للماوردي (٤/ ٣٢٤-٣٢٥): عليه قيمته لمالكه، ولا جزاء فيه بحال، وجعل ملكه واستئناسه مُخرّجًا له من حكم الصيد الوحشيّ إلى حكم الحيوان الإنسيّ.

وإن كان بالإحلال لا يَخْرُجُ من التحريم بل يبقى محظورًا بالحرم كذلك دَخَلَ ما كان مملوكًا وإن كان لا يَحِلُّ له بالإحلال من جهة مِلْكِ الْآدَمِيِّينَ.

فإن قال: الظاهر يوجب ذلك لولا الدليل الذي قام في تحريمه في الحرم = قيل: فهل مَنَعَكَ / قيامُ الدليل على تحريمه في الحرم من إدخاله في ظاهر الآية في تحريمه من جهة الإحرام؟ (١/ب)

فإذا قال: لم يمنع من ذلك بل وقع التحريم من الجهتين جميعًا في حال الاجتماع وفي حال الانفراد = قيل: فكذلك قيام الدليل على حظره من أجل ملكه لا يمنع من دخوله في ظاهر الآية في التحريم من أجل الإحرام، وإذا جاز اجتماع التحريم من جهة الإحرام ومن جهة الحرم في وقت واحد جاز اجتماع ذلك من جهة الإحرام ومن جهة الملك، وجاز انفراد كل واحد من الوجهين بالتحريم.

وقد يقع التحريم في الخمر للشدة، وقد تقع فيه نجاسة فيصير محرماً من جهتين؛ فإذا زالت الشدة بقي تحريم النجاسة.

وقد قال الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، ونحن نعلم أنها محرمة بعد التزويج بقوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٤]، ثم قد يزول النكاح ولا يزول التحريم ما دامت في العدة، يقول الله جل وعز: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْبِضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فإذا انقضت عدتها حلت للزوج حيثئذ.

فإذا جاز اجتماع التحريم من جهات في شيء واحد، وجاز أن يَتَعَقَّبَ التحريمُ تحريمًا بدلائل الأصولِ جاز أيضًا اجتماع التحريم في الصيد من جهتين، وجاز أن يرتفع التحريم من جهة وَيَحْدُثُ بعده تحريمٌ^(١) من جهة أخرى، كما جاز ارتفاع

(١) في الأصل: «تحريماً».

التحريم من جهة طلاق الثلاث وحدث تحريم آخر من جهة الزوج الثاني، ثم يزول التحريم من جهة الزوج وَيَحْدُثُ تحريم^(١) من جهة العدة، فكذاك يجوز في أمر الصيد أن يكون مُحَرَّمًا من جهة المَلِكِ، ثم يَطْرَأُ عليه تحريم^(٢) / من جهة دخولِه الحَرَمَ، ثم يَطْرَأُ عليه تحريم^(٣) من جهة الإحرام، فيجتمع فيه التحريم من جهات، فكلُّما زال من ذلك وجه^(٤) بقي حكم الآخر، كما جاز ذلك فيما ذكرنا.

وهذا الذي ذكره المزني في إباحة الصيد في الإحرام من جهة الملك ليس بقوي، وفي إباحة ذلك وجه على قول الشافعي هو أقوى مما ذكره، وأشبه بمذاهب أهل العلم، ويخرج على قول الشافعي رَحْمَةُ اللَّهِ، وهو أن يقال:

حَرَّمَ اللَّهُ الصَّيْدَ فِي الإِحْرَامِ كَمَا حَرَّمَ النِّكَاحَ فِي الإِحْرَامِ، وَلَيْسَ يُمْنَعُ مِنَ الْمَقَامِ عَلَى النِّكَاحِ فِي الإِحْرَامِ وَإِنْ كَانَ مَمْنُوعًا مِنَ الْعَقْدِ، فَلَهُ الْمَقَامُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِلْكُهُ قَبْلَ إِحْرَامِهِ؛ لِأَنَّ فِي نَزْوِلِهِ عَنْ أَهْلِهِ بِسَبَبِ الإِحْرَامِ ضَرَرٌ وَمَنْعٌ مِنَ النُّسْكِ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ يُعْقَدُ لِلتَّأْيِيدِ وَيَغْرِمُ عَلَى ذَلِكَ الْمَالَ الْكَثِيرَ، فَلَوْ فُسِّخَ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِإِحْرَامِهِ لَلْحَقَّ صَاحِبَهُ فِي ذَلِكَ مَشَقَّةٌ وَفَسَادٌ فِي أُمُورِهِ وَغَرَامَةٌ فِي مَالِهِ، وَاحْتِاجُ كُلِّ مَنْ أَحْرَمَ وَخَرَجَ مِنْ إِحْرَامِهِ أَنْ يُجَدِّدَ نِكَاحًا، وَفِي هَذَا مِنَ الضَّرَرِ مَا لَا خِفَاءَ بِهِ فَلَمْ يَأْخُذْ بِذَلِكَ، وَأُخِذَ بِأَنْ لَا يَسْتَأْنَفَ الْعَقْدَ فِي إِحْرَامِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ فِي امْتِنَاعِهِ مِنْ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ وَتَأْخِيرِ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يَفْرَغَ مِنْ إِحْرَامِهِ مَشَقَّةٌ وَلَا ضَرَرٌ، فَأُخِذَ بِذَلِكَ وَلَمْ يُفْسَخَ عَلَيْهِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ عَقْدِهِ.

فكذاك يجوز أن يقال: إن الصيد مال من الأموال، وليس في المنع من الاصطياد إلى أن يَفْرُغَ مِنْ إِحْرَامِهِ مَشَقَّةٌ، وَلَا عَلَيْهِ فِيهِ ضَرَرٌ، فَإِذَا فُسِّخَ مِلْكُهُ الْمَتَقَدِّمُ - وَلَعَلَّه

(٢) في الأصل: «تحريما».

(٤) في الأصل: «وجها».

(١) في الأصل: «تحريما».

(٣) في الأصل: «تحريما».

(٢/ ب) أَكْثَرُ مِلْكِهِ - لِحَقِّهِ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ بَيْنَ وَإِتْلَافُ مَالٍ، وَلَعَلَّهُ أَكْثَرُ مَا ^(١) يَلْحَقُهُ فِي / زَوْجَتِهِ إِذَا أَخَذَ بِمِفَارِقَتِهَا، فَيَكُونُ ابْتِدَاءُ الْأَصْطِيَادِ حَرَامًا، وَالْمَقَامُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِلْكُهُ حَلَالًا، كَمَا كَانَ ابْتِدَاءُ النِّكَاحِ حَرَامًا وَالْمَقَامُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ عَقْدُهُ قَبْلَ الْإِحْرَامِ حَلَالًا.

وَهَذَا وَجْهٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَ النِّكَاحِ وَالصَّيْدِ وَبَيْنَ اللَّبَاسِ وَالطَّيِّبِ؛ لِأَنَّ اللَّبَاسَ ابْتِدَآؤُهُ فِي الْإِحْرَامِ وَالْمَقَامُ عَلَيْهِ وَاحِدٌ؛ لِأَنَّهُ لَا مَشَقَّةَ عَلَيْهِ فِي إِزَالَةِ اللَّبَاسِ إِذَا أَحْرَمَ وَلَا ضَرَرَ، وَهَذَا أَيْضًا كَمَا فُرِّقَ بَيْنَ اللَّبَاسِ وَبَيْنَ الطَّيِّبِ؛ لِأَنَّ مَنْ تَطَيَّبَ ثُمَّ أَحْرَمَ فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِزَالَتُهُ؛ لِأَنَّ الطَّيِّبَ إِذَا اسْتُعْمِلَ فَقَدْ أَتْلَفَ، وَلَا يُسْتَعْمَلُ الطَّيِّبُ لَكِي يُؤْخَذَ وَيُسْتَعْمَلُ ثَانِيًا، فَهُوَ فِي مَعْنَى الْمُتْلَفِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ اللَّبَاسُ؛ لِأَنَّ الثَّوْبَ يُلْبَسُ ثُمَّ يُنَزَعُ ثُمَّ يُلْبَسُ زَمَانًا عَلَى ذَلِكَ، فَلِذَلِكَ وَجَبَ نَزْعُهُ إِذَا أَحْرَمَ؛ لِأَنَّهُ لَا مَشَقَّةَ عَلَيْهِ فِيهِ.

وَقَدْ قِيلَ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ فِي «الْإِمْلَاءِ» قَدْ يُخْرَجُ عَلَى مَذْهَبِهِ فِي الصَّيْدِ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْمِلْكَ الْمَتَقَدَّمَ فِي الصَّيْدِ قَبْلَ إِحْرَامِهِ لَا يَبْطُلُ مِلْكُهُ بِإِحْرَامِهِ، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ بِالْإِحْرَامِ قَتْلُهُ، وَإِلَّا فَهُوَ عَلَى جَمَلَةِ مِلْكِهِ، فَإِذَا زَالَ الْإِحْرَامُ انْتَفَعَ بِهِ، وَلَيْسَ يَلْزُمُهُ إِطْلَاقُهُ كَمَا يَلْزُمُهُ فِي الصَّيْدِ الَّذِي يَضْطَّادُهُ فِي الْإِحْرَامِ فَيُمْسِكُهُ حَتَّى يُحِلَّ فَلَا يَحِلُّ لَهُ تَمَلُّكُهُ وَيَكُونُ عَلَيْهِ إِرْسَالُهُ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُ ذَلِكَ فِي الصَّيْدِ الَّذِي يُسْتَأْنَفُ أَصْطِيَادُهُ فِي الْإِحْرَامِ، فَأَمَّا مَا تَقَدَّمَ مِلْكُهُ فَهُوَ مِثْلُ النِّكَاحِ لَا يَسْتَمْتِعُ بِالصَّيْدِ وَلَا بِأَمْرَاتِهِ وَيَتَوَقَّاهُمَا جَمِيعًا، فَإِذَا خَرَجَ مِنْ إِحْرَامِهِ عَادَ إِلَى حُكْمِهِ الْأَوَّلِ فِي الْإِبَاحَةِ.

(٣/ أ) وَهَذَا وَجْهٌ يَحْتَمِلُ قَوْلُهُ، وَلَيْسَ عِنْدَنَا عَنِ الشَّافِعِيِّ / رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الصَّيْدِ الْمَمْلُوكِ أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ مِلْكُهُ بَعْدَ إِحْلَالِهِ، وَأَنَّ عَلَيْهِ إِرْسَالَهُ، وَإِنَّمَا عِنْدَنَا مِنْ قَوْلِهِ الْمَنْعُ مِنْ مِثْلِهِ فَحَسْبُ، فَهَذَا وَجْهٌ مُحْتَمِلٌ يُشَبِّهُ مَذَاهِبَ الْأُثْمَةِ.

(١) هَكَذَا فِي الْأَصْلِ، وَلَعَلَّهُ: «مِمَّا».

فإن قيل: فقد قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: «إِنَّ الصَّيْدَ الَّذِي حُرِّمَ فِي حَالِ الْإِحْرَامِ مَا يُؤْكَلُ دُونَ مَا لَا يُؤْكَلُ؛ لِأَنَّ اللَّهَ جَلَّ وَعَزَّ أَبَاحَ مَا حَرَّمَهُ بِالْإِحْرَامِ إِذَا حَلَّ مِنْ إِحْرَامِهِ، فَلَمَّا كَانَ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ حَرَامًا»^(١) بعد إحلاله دَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي التَّحْرِيمِ وَلَا فِي الْجَزَاءِ»^(٢). فَكَذَلِكَ الْمَمْلُوكُ لَمَّا كَانَ لَا يَدْخُلُ فِي التَّحْلِيلِ بَعْدَ الْإِحْلَالِ دَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي التَّحْرِيمِ وَلَا فِي الْجَزَاءِ = فَالْجَوَابُ: إِنَّ هَذَا السُّؤَالَ إِنْ كَانَ عَلَيْنَا فَهُوَ عَلَى الْمَزْنِيِّ، وَهُوَ أَنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ مَا كَانَ مِنَ الصَّيْدِ فِي الْحَرَمِ حُرِّمَ بِسَبَبِ الْإِحْرَامِ، وَإِذَا كَانَ مَنْ إِذَا حَلَّ لَمْ يَحِلَّ لَهُ اصْطِيادُهُ، وَكَانَ خَارِجًا مِنْ قَوْلِهِ: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] مِنْ أَجْلِ الْحَرَمِ، فَإِنْ جَازَ دَخُولُ ذَلِكَ فِي التَّحْرِيمِ فَبِأَيِّ شَيْءٍ فَرَّقَ بَيْنَ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ وَبَيْنَ مَا كَانَ فِي الْحَرَمِ فَرَّقْنَا نَحْنُ أَيْضًا بِهِ بَيْنَ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ وَبَيْنَ الْمَمْلُوكِ.

فإن قيل: فما المعنى المَفْرُقُ بينهما وبين ما ذكره الشافعي؟ = قيل: الفرقُ بَيْنَ ذَلِكَ بَيْنَ، وَذَلِكَ أَنَّ مَا لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ لَا وَجَهَ لِإِبَاحَتِهِ بِوَجْهِ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَ أَكْلِهِ لَيْسَ فِي وَقْتِ دُونَ وَقْتٍ، لِأَنَّ عَيْنَهُ حَرَامٌ^(٣) فِي كُلِّ وَقْتٍ، فَلَمَّا كَانَ تَحْرِيمُ ذَلِكَ بَعْدَ الْإِحْلَالِ لَا يَزُولُ بِوَجْهِ لَمْ يَدْخُلْ فِي التَّحْرِيمِ فِي حَالِ الْإِحْرَامِ، إِذْ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي التَّحْلِيلِ فِي حَالِ / الْإِحْلَالِ بِوَجْهِ، وَالتَّحْلِيلُ بِالْإِحْلَالِ نَصٌّ كَالْتَّحْرِيمِ بِالْإِحْرَامِ.

(٣/ ب)

وَأَمَّا الصَّيْدُ إِذَا كَانَ فِي الْحَرَمِ فَلَيْسَ بِمُحَرَّمٍ فِي عَيْنِهِ وَلَا فِي كُلِّ حَالٍ، بَلْ كَمَا^(٤) يَخْرُجُ مِنَ الْحَرَمِ حَلَّ عُلِمَ أَنَّ تَحْرِيمَ ذَلِكَ عَارِضٌ يَزُولُ وَيَبْقَى عَلَى جُمْلَةِ التَّحْلِيلِ الْمَذْكُورِ فِي الْآيَةِ بَعْدَ الْإِحْلَالِ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «حَرَامٌ» بِدُونِ أَلْفٍ.

(٢) انْظُرْ «الْأَم» لِلشَّافِعِيِّ (٢/ ١٥٥ بُولَاق) وَ«الْمَخْتَصَر» لِلْمَزْنِيِّ (الْفَقْرَةُ: ٩٨٠). وَانْظُرْ «أَحْكَامُ الْقُرْآنِ» لِلْبَيْهَقِيِّ (١/ ١٢٦).

(٣) فِي الْأَصْلِ: «حَرَامًا»، ثُمَّ ضُرِبَ عَلَى الْأَلْفِ وَحَوْلَ إِلَى: «حَرَامٌ».

(٤) كَذَا فِي الْأَصْلِ، وَلَعَلَّهُ: «لَمَّا».

فكذلك تحريمُ الصيدِ مِنْ جهةِ المِلْكِ هو على الخصوصِ، وإنَّما هو صيدٌ في
مِنْكَ غيرُهُ، ألا تَرَى أَنَّهُ لو كان في مِلْكِهِ لكانَ في معنى ما كان غيرَ مملوكٍ في إباحةِ
قَتْنِهِ إذا خَرَجَ مِنْ إِحْرَامِهِ، فَلَمَّا كان تحريمُ ذلكَ لَيْسَ مِنْ جميعِ الوجوهِ وإنَّما هو
خُصُوصٌ كتحریمِهِ بالحرمِ عُلِمَ أَنَّ ذلكَ مِنَ العوارضِ، وَأَنَّ ذلكَ لا يَخْرُجُ عن
جملةِ التحريمِ بالإحرامِ.

وإنَّما حَرُمَ ما لا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ؛ لَأَنَّهُ لا مدخلَ له في التحليلِ بالخروجِ مِنَ الإحرامِ
بوجهٍ، وقد نَصَّ اللهُ جل وعزَّ على إباحَتِهِ، فما لم يكن له مدخلٌ في التحليلِ بوجهٍ لا
خصوصًا ولا عمومًا لم يكن له مدخلٌ^(١) في التحريمِ في حالِ الإحرامِ، والله أعلم.



(١) في الأصل: «مدخلًا»، ثم ضرب على الألف وحول إلى: «مدخل».

قال المزي رَحِمَهُ اللهُ: وَسَأَلْتُ عَمَّنْ وَقَفَ بعرفةَ يومَ النحرِ مع الإمامِ وهم يَرَوْنَ أَنَّهُ يومَ عرفةَ، وما معنى حجة الشافعي في حديثِ النبي ﷺ: «فَطَرُكُمْ يَوْمَ تُفْطَرُونَ، وَأَضْحَاكُمْ يَوْمَ تُضَحُّونَ»^(١)؟

فمذهب الشافعي في ذلك تأويل لإجازة النبي ﷺ ذلك لهم، وكنتُ على وَضْعِ كتابٍ أحتج فيه له، ثُمَّ رأيتُ القياسَ غيرَه.

حسبُك أن قلتَ: إِنَّهُ يومُ النحرِ، وكيفيك قولُ العلماءِ وجوابُهم في خطأ عرفة: إِنَّهُمْ لم يُصَيِّبُوا ما أخطأوه، ولم يُؤَافُوا فرضَهم فيه.

وقد أوضح النبي ﷺ / وشرح الحق في ذلك بقوله: «مَنْ أَدْرَكَ عرفةَ قبلَ الفجرِ (١/٤) مِنْ يومِ النحرِ فقد أَدْرَكَ الْحَجَّ»^(٢). وهذا الذي وَقَفُوا فيه في عينه هو يومُ النحرِ الذي وَصَفَ النبي ﷺ إِنْ لم يُدْرِكْ عرفةَ قبلَ فجرِ يومِ النحرِ فقد فاتَه الحجُّ.

(١) أما الحديث فأخرجه أبو داود (٢٣٢٤) من حديث أيوب عن محمد بن المنكدر عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ مرفوعاً. وأخرجه ابن ماجه (١٦٦٠) من حديث أيوب عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة مرفوعاً. وأخرجه الترمذي (٦٩٧) من حديث سعيد المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً. وقال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب». وقد اختلف في رفع هذا الحديث ووقفه وإرساله اختلافاً واسعاً، انظره في «العلل» للدارقطني (س: ١٨٦٧) و«السنن الكبير» للبيهقي (رقم: ٩٩١٤).

وأما تأويل الشافعي له فيشير إلى قوله في «الأم» (١/ ٢٠٤): «الشهادة في هلال ذي الحجة ليستدل على يوم عرفة ويوم العيد وأيام منى كهي في الفطر، لا تختلف في شيء، يجوز فيها ما يجوز فيها، ويرد فيها ما يرد فيها، ويجوز الحج إذا وقف بعرفة على الرؤية وإن علموا بعد الوقوف بعرفة أن يوم عرفة يوم النحر».

(٢) أخرجه الترمذي (٢٩٧٥) من حديث سفيان بن عيينة عن سفيان الثوري عن بكير بن عطاء عن عبد الرحمن بن يعمر مرفوعاً. وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

ويحتمل قوله: «فَطَرُكُمْ يَوْمَ تُفْطِرُونَ» أي: ليس عليكم غيره ما لم تعلموا، كما قال: «لَا تَصُومُوا حَتَّى تَرَوْهُ، وَلَا تُفْطِرُوا حَتَّى تَرَوْهُ»^(١). فلو خَفِيَ أَوَّلُ يَوْمٍ مِنْ رَمَضَانَ وَكَانَ عِنْدَنَا مِنْ شُعْبَانَ لَا نَأْتِيهِ لَمْ نَرِ فِيهِ الْهَلَالَ، وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا تَصُومُوا حَتَّى تَرَوْهُ»، فَأَطَعْنَاهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِتَرْكِ صَوْمِهِ، فَلَمَّا عَلِمْنَا أَنَّ ذَلِكَ الْيَوْمَ مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ اسْتَيْقَنَّا أَنَّا أَخْطَأْنَا بِهِ فِي عَيْنِهِ وَعَلَيْنَا قِضَاؤُهُ، غَيْرَ أَنَّا لَمْ نَأْتِ بِتَرْكِ صَوْمِهِ؛ لِخَفَائِهِ عَلَيْنَا، وَلَمْ يَسْقُطْ بِذَلِكَ فَرَضُهُ عَنَّا، فَكَذَلِكَ يَوْمُ عَرَفَةَ لَمْ يَكُنْ عَلَيْنَا أَنْ نَقِفَهُ؛ لِخَفَائِهِ هِلَالِ ذِي الْحِجَّةِ عَلَيْنَا، كَمَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْنَا صَوْمُ أَوَّلِ يَوْمٍ مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ؛ لِخَفَائِهِ عَلَيْنَا، وَلَمْ نَأْتِ بِتَرْكِ الْوَقُوفِ فِيهِ، كَمَا لَمْ نَأْتِ بِتَرْكِ صَوْمِ أَوَّلِ يَوْمٍ مِنَ الصَّوْمِ، وَكُنَّا فِي مَعْنَى مَنْ فَاتَهُ يَوْمُ عَرَفَةَ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُ كَمَا فَاتَهُ أَوَّلُ يَوْمٍ مِنْ صَوْمِهِ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُ، فَإِذَا فَاتَاهُ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ فَرَضُ قِضَاءِ الْفَائِتِ.

وقد وَقَّتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَوْقَاتًا فِي شَرَائِعَ، فَمِنْهَا: مَا لَا يُعْمَلُ إِلَّا فِي وَقْتِهِ، مِثْلُ عَرَفَةَ / وَأَيَّامِ الرَّمْيِ وَالْبَيْتُوتَةِ بِمَنَى، فَالتَّارِكُ لَذَلِكَ عَامِدًا وَخَاطِئًا سَوَاءٌ إِلَّا فِي الْمَأْتَمِ، وَكَذَلِكَ يَوْمُ عَرَفَةَ جَعَلَهُ اللَّهُ وَقْتًا لِعَمَلٍ لَا يَصْلُحُ إِلَّا فِي وَقْتِهِ، فَالتَّارِكُ لَذَلِكَ عَامِدًا وَخَاطِئًا سَوَاءٌ إِلَّا فِي الْمَأْتَمِ، وَالْإِمَامُ وَغَيْرُهُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، لَا يَتَبَدَّلُ حُكْمُ مَا وَقَّتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِإِمَامٍ وَلَا غَيْرِهِ، أَرَأَيْتَ لَوْ مَاتَ الْإِمَامُ أَوْ جُنَّ أَمَا كَانَ لِلنَّاسِ عَرَفَةُ؟ أَرَأَيْتَ لَوْ لَمْ يَنْحَرِ الْإِمَامُ يَوْمَ النَحْرِ أَمَا كَانَ لِلنَّاسِ نَحْرٌ إِذَا جَاءَ وَقْتُ نَحْرِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَجَازَ نَحْرُ النَّاسِ اقْتِدَاءً بِفَعْلِهِ بِأَبِي وَأُمِّي؟ كَذَلِكَ يَوْمُ عَرَفَةَ بِعَرَفَةَ، فَمَنْ عَرَفَ يَوْمَ عَرَفَةَ فَوَقَّفَ بِهِ أَجْزَأَهُ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ إِمَامُهُ، أَرَأَيْتَ رَجُلًا عَلِمَ أَوَّلَ يَوْمِ الصَّوْمِ وَلَمْ يَعْلَمْ إِمَامُهُ فَأَمَرَ النَّاسَ بِإِفْطَارٍ أَمَا يَجِبُ عَلَى مَنْ عَلِمَ بِوَقْتِ الصَّوْمِ أَنْ يَصُومَ؟ أَرَأَيْتَ مَنْ عَلِمَ بِيَوْمِ الْفِطْرِ وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ صَوْمِهِ أَكَانَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ فِي نَهْيِ

(١) أخرجه البخاري (١٩٠٦) ومسلم (١٠٨٠) من حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

النبي ﷺ؟ لَعَلَّه خَفِيَ ذَلِكَ عَنْ إِمَامِهِ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُظْهِرَ ذَلِكَ لِتَعَرُّضِهِ لِأَنْ يَكُونَ عِنْدَهُمْ مُفْطِرًا فِي شَهْرِ رَمَضَانَ أَوْ لِعَقُوبَةِ سُلْطَانٍ، فَالْوَقْتُ مَا وَقَّتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي عَيْنِهِ، فَإِذَا أَبَانَ أَنَّ مَنْ لَمْ يَدْرِكْهُ فَقَدْ فَاتَهُ فَمَنْ وَقَفَ يَوْمَ النَحْرِ فَهُوَ الْوَقْتُ الَّذِي مَنْ لَمْ يَدْرِكْ عُرْفَةَ قَبْلَهُ فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجُّ، فَكَيْفَ يَدْرِكُهُ وَقَدْ فَاتَهُ؟

(١/٥) وَتَوَقَّيْتُ النَّبِيَّ / ﷺ: «مَنْ أَدْرَكَ عُرْفَةَ قَبْلَ الْفَجْرِ يَوْمَ النَحْرِ فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجَّ» مشروحٌ لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَهُ، وَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ: «فِطْرُكُمْ يَوْمَ تُفْطِرُونَ، وَأَضْحَاكُمْ يَوْمَ تُضَحُّونَ» لِلْوَقْتِ الَّذِي وَقَّتَهُ لَهُمْ خِلَافًا لِلْجَاهِدِينَ لِذَلِكَ مِنْ أَهْلِ الشَّرْكِ فَإِنَّهُمْ^(١) مُطِيعُونَ لِلَّهِ عَزَّوَجَلَّ فِي ذَلِكَ وَإِنْ خَالَفَهُمْ^(٢) الْمُشْرِكُونَ، وَكَمَا قَالَ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾ [البقرة: ١٥٨] ذَكَرَ أَنَّهُمْ كَرِهُوا الطَّوَافَ بِذَلِكَ الْمَوْضِعِ لِأَنَّ أَهْلَ الْكُفْرِ كَانُوا يَفْعَلُونَهُ فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾^(٣). أَيُّ: هُوَ فَرَضُكُمْ وَإِنْ كَانَ أَهْلُ الشَّرْكِ يَفْعَلُونَهُ فَلَا تَدْعُوهُ لِمَجَامِعَتِهِمْ إِيَّاكُمْ فِيهِ.

(١) هَكَذَا فِي الْأَصْلِ: «فَإِنَّهُمْ». وَكُتِبَ فَوْقَهُ: «نَكُمْ». وَالْوَجْهَانِ بِمَعْنَى.

(٢) هَكَذَا فِي الْأَصْلِ: «خَالَفَهُمْ». وَكُتِبَ فَوْقَهُ: «لَفَكُمْ». وَالْوَجْهَانِ بِمَعْنَى.

(٣) أَخْرَجَ الْبُخَارِيُّ (١٦٤٣) وَمُسْلِمٌ (١٢٧٧) وَاللَّفْظُ لَهُ مِنْ حَدِيثِ الزَّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ قَالَ: قُلْتُ لِعَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ: مَا أَرَى عَلَى أَحَدٍ لَمْ يَطْفِ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ شَيْئًا، وَمَا أَبَالِي أَنْ لَا أَطُوفَ بَيْنَهُمَا. قَالَتْ: بَشْ مَا قُلْتَ يَا ابْنَ أُخْتِي، طَافَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَطَافَ الْمُسْلِمُونَ، فَكَانَتْ سَنَةً، وَإِنَّمَا كَانَ مَنْ أَهْلٌ لِمَنَاةَ الطَّاعِيَةِ الَّتِي بِالْمِشَلِّ لَا يَطُوفُونَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، فَلَمَّا كَانَ الْإِسْلَامُ سَأَلْنَا النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ: ﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوْ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾ [البقرة: ١٥٨]. وَلَوْ كَانَتْ كَمَا تَقُولُ لَكَانَتْ: فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَطُوفَ بِهِمَا. قَالَ الزَّهْرِيُّ: فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِأَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ، فَأَعْجَبَهُ ذَلِكَ وَقَالَ: إِنَّ هَذَا الْعِلْمَ، وَلَقَدْ سَمِعْتُ رِجَالًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: إِنَّمَا كَانَ مَنْ لَا يَطُوفُ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ مِنَ الْعَرَبِ يَقُولُونَ: إِنَّ طَوَافِنَا بَيْنَ هَذَيْنِ الْحَجَرَيْنِ مِنْ أَمْرِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَقَالَ آخَرُونَ مِنَ الْأَنْصَارِ: إِنَّمَا أَمَرْنَا بِالطَّوَافِ بِالْبَيْتِ، وَلَمْ نُؤْمَرْ بِهِ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ: ﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ﴾. قَالَ أَبُو بَكْرٍ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ: فَأَرَاهَا قَدْ نَزَلَتْ فِي هَؤُلَاءِ وَهَؤُلَاءِ.

فإن اعتلَّ مُعتلٌّ في أن ليس على أهل البلاد يخفى عليهم أوَّل يومٍ من شهر رمضان قضاؤه وإن عَلموه مِن بعدُ بقول ابن عباس^(١) = عورِض بقول علي رضي الله عنه: «لأنَّ أَصومَ يومًا من شعبان أحبُّ إليَّ من أن أفطرَ يومًا من رمضان»^(٢). فأخبر أنَّه يكونُ من رمضان وإن خفي عليه في بلد.

وعلى هذا القائل بعد أن بطل قولُه بالمعارضة ظاهر القرآن، قرَضَ الله جل وعز فيه صَوْمَ شهر رمضان، فلما كان هذا اليومُ من شهر رمضان وإن خفي على بعض أهل البلدانِ وجب قضاؤه، وقد أجمَعُوا جميعًا أنَّ شهرَ رمضان هو الذي فيما بين شعبان وشوال، وأنَّه ليسَ بينهما غيرُه فلا بُدَّ من أن يكونَ هذا اليومُ منه وإن خفي مكانه، فلمَ لا يجب صومُه على المسلمين، ولو سَقَطَ فرضُه للجهل به لسَقَطَ عن كُلِّ مسلمٍ فرضُ شهر رمضان / لجهله به، فلو أنَّ أسيرًا في بلادِ العدوِّ جهَلَ شهرَ رمضان فلم يَعْرِفه حتى مَضَى وقته لكان يَسْقُطُ عنه قضاؤه لجهله به، فهذا ما لا أعلمُ فيه خلافاً، فما الفرقُ بين جهلٍ واحدٍ في بلادٍ ليس بها معه غيرُه وجهلٍ أهلِ بلادٍ ليس بها غيرُهم؟

أرأيتَ لو أنَّ أهلَ ذلك البلاد رَحَلُوا عنها فلم يبقَ بها إلَّا واحدٌ أكان يَسْقُطُ عنه فرضُه لجهله وأهلُ البلدانِ يَصُومُونَه؟

(١) أخرجه الشافعي من حديث سفيان، عن عمرو بن دينار، عن محمد بن جبير، عن ابن عباس قال: «عجبت ممن يتقدم الشهر وقد قال رسول الله ﷺ: لا تصوموا حتى تروه، ولا تفطروا حتى تروه». انظر «معرفة السنن والآثار» للبيهقي (٦/ ٢٣٥).

(٢) أخرجه الشافعي من حديث عبد العزيز الدراوردي، عن محمد بن عبد الله بن عمرو بن عثمان، عن أمه فاطمة بنت حسين: أن رجلاً شهد عند علي على رؤية هلال رمضان، فصام - وأحسبه قال: وأمر الناس أن يصوموا - وقال: «أصوم يوماً من شعبان أحب إلي من أن أفطر يوماً من رمضان». انظر «معرفة السنن والآثار» للبيهقي (٦/ ٢٤٣).

أَرَأَيْتَ إِذَا أَسْقَطَتْ عَنْهُمْ لَجْهَلِهِمْ بِهِ فَرَضَهُ فَمَا الْفَرْقُ بَيْنَ جَهْلِهِ وَجَهْلِهِمْ بِهِ؟
 أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ أَهْلَ فُسْطَاطٍ مِصْرَ خَفِيَ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ الْيَوْمُ فَلَمْ يَعْلَمُوا بِهِ حَتَّى
 أَمْسَوْا فَقَدِمَ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ الْيَوْمَ مِنْ أَهْلِ الْمُدُنِ مِنْ كُلِّ نَاحِيَةٍ فَشَهِدُوا جَمِيعًا
 مُجْتَمِعِينَ بِمَا يَفُوتُ التَّوَاطَى أَنَّهُ يَوْمُ الصَّوْمِ أَمَا كَانَ عَلَيْهِمْ عِنْدَهُ قِضَاؤُهُ؟

أَرَأَيْتَ إِذَا أَسْقَطَ بِالْجَهْلِ عَنْهُمْ صَوْمَهُ فَمَا يَقُولُ لَوْ أَصْبَحُوا جَاهِلِينَ بِهِ فَسَقَطَ
 عَنْهُمْ أَنْ يَصُومُوهُ عِنْدَهُ فَصَحَّتِ الْبَيِّنَةُ الْعَادِلَةُ بِالْعَشِيِّ عِنْدَ الْإِمَامِ أَنَّهُ مِنْ شَهْرِ
 رَمَضَانَ أَيْسَقَطُ عَنْهُمْ قِضَاؤُهُ وَيَأْكُلُونَ وَيَشْرَبُونَ بَقِيَّتَهُ أَمْ يَحْرُمُ عَلَيْهِمُ الْأَكْلُ
 وَالشَّرْبُ وَيَجِبُ عَلَيْهِمْ قِضَاؤُهُ؟

وهذا ما لا أعلم فيه اختلافًا بين العلماء، وفي ذلك إبطال لما قال؛ لأنَّه إذا
 أَسْقَطَ قِضَاؤُهُ لِلْجَهْلِ بِهِ سَقَطَ عَنْهُمْ أَوَّلُهُ لِلْجَهْلِ بِهِ كَمَا سَقَطَ عَنْ أَهْلِ الشَّرْكِ إِذَا
 أَسْلَمُوا قِضَاءَ مَا مَضَى مِنَ الصَّوْمِ لِلشَّرْكِ بِهِ فَإِذَا أَسْلَمَ فِي آخِرِ النَّهَارِ حَرَّمَ عَلَيْهِ أَنْ
 يَأْكُلَ فِيهِ وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ قِضَاؤُهُ لِأَنَّ أَوَّلَهُ كَانَ سَاقِطًا عَنْهُمْ قِضَاؤُهُ، فَكَذَلِكَ آخِرُ
 هَذَا الْيَوْمِ، / فَيَلْزَمُهُ أَنْ لَا يَجْعَلَ عَلَى أَهْلِ الْبَلَدِ قِضَاءَهُ^(١)؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الْمُشْرِكِينَ
 يُسَلِّمُونَ بَعْدَ مُضِيِّ يَوْمٍ مَضَى مِنْ رَمَضَانَ فِي أَنْ لَيْسَ عَلَيْهِمْ قِضَاؤُهُ لِشُرَكَائِهِمْ
 كَأَهْلِ الْبِلَادِ بِالْمُسْلِمِينَ^(٢) فِي أَنْ لَيْسَ عَلَيْهِمْ قِضَاؤُهُ لَجْهَلِهِمْ، فَأَسْقَطَ الْيَوْمَ عَنْ
 الْمُشْرِكِينَ لِشُرَكَائِهِمْ كَمَا أَسْقَطَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ لَجْهَلِهِمْ، فَكَذَلِكَ يَلْزَمُهُ أَنْ
 يُسْقِطَ عَنْهُ أَنْ يَقُولَ: عَلَيْهِمْ قِضَاؤُهُ إِذَا عَلِمُوا فِي بَعْضِهِ كَمَا سَقَطَ قِضَاؤُهُ عَنِ
 الْمُشْرِكِينَ وَإِنْ أَسْلَمُوا فِي بَعْضِهِ. وَإِنْ قَالَ: لَيْسَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ قِضَاؤُهُ إِذَا ثَبَتَ
 فِي آخِرِ النَّهَارِ خَالَفَ جَمَاعَةَ الْعُلَمَاءِ، وَإِنْ أُوجِبَ قِضَاءَهُ^(٣) عَلَى أَهْلِ الْبِلَادِ وَلَمْ

(١) فِي الْأَصْلِ: «قِضَاؤُهُ». ثُمَّ ضُرِبَ عَلَى الْوَاوِ.

(٢) هَكَذَا فِي الْأَصْلِ.

(٣) رَسَمَهُ فِي الْأَصْلِ: «قِضَاؤُهُ». ثُمَّ ضُرِبَ عَلَى الْوَاوِ.

يُوجِبُهُ عَلَى أَهْلِ الشَّرِكِ فَكَذَلِكَ فَلْيُوجِبْ قَضَاءَ ذَلِكَ الْيَوْمِ عَلَى أَهْلِ الْبَلَدِ وَإِنْ عَلِمُوهُ مِنْ بَعْدِهِ وَلَا يُوجِبُهُ عَلَى أَهْلِ الشَّرِكِ يُسَلِّمُونَ وَإِنْ أَسْلَمُوا مِنْ بَعْدِهِ، وَفِي ذَلِكَ نَقْضُ قَوْلِهِ.

وَاحْتَجَّ مُخْتَجٌّ فِي خَطْبِ عِرْفَةِ بِالْوُقُوفِ بِهَا يَوْمَ النَحْرِ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ قِيَاسًا عَلَى مَا عَلَيْهِ أَهْلُ الْبُلْدَانِ فِي ارْتِفَاعِ بِلَادٍ وَانْخِفَاضِ بِلَادٍ أُخْرَى، أَنَّ الشَّمْسَ تَغِيبُ عَنِ الْمُنْخَفِضَةِ فَيَكُونُ أَهْلُهَا فِي لَيْلِهِمْ فِيهِ مِنَ الصَّيَامِ مُفْطَرُونَ، وَلَا تَغِيبُ عَنِ الْمُرْتَفَعَةِ فَيَكُونُ أَهْلُهَا فِي نَهَارِهِمْ فِيهِ صَائِمُونَ، وَكَذَلِكَ قَاسَ عَلَى مَنَارَةِ الْإِسْكَانْدَرِيَّةِ أَنَّ مَنْ كَانَ عَلَيْهَا يَرَى الشَّمْسَ أَنَّهُ فِي نَهَارٍ صَائِمٌ، وَمَنْ كَانَ فِي الْقَرَارِ فَهُوَ فِي لَيْلٍ مُفْطَرٌ، فَكَذَلِكَ عِرْفَةُ، وَيَوْمُ النَحْرِ لِأَهْلِهَا عِرْفَةُ، وَغَيْرِهَا مِنَ الْبُلْدَانِ لِأَنَّ أَهْلَهَا نَحَرُوا.

يُقَالُ لَهُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ: فَقَدْ جَعَلْتَ الْبِلَادَ الْوَاحِدَةَ مِنَ الْإِسْكَانْدَرِيَّةِ مُخْتَلِفَةً الْحَالِ بِقَوْلِكَ: «بَعْضُ أَهْلِهَا فِي نَهَارٍ صَائِمُونَ، وَبَعْضُهُمْ فِي / لَيْلٍ مُفْطَرُونَ»، أَفْتَجِيزُ أَنْ تَكُونَ عِرْفَةُ مُخْتَلِفَةً الْحَالِ، فَيَكُونُ بَعْضُ أَهْلِهَا فِي يَوْمِ عِرْفَةِ يُعَرِّفُونَ وَبَعْضُهُمْ فِي يَوْمِ النَحْرِ يَنْحَرُونَ لَا رِتْفَاعَ مَوْضِعٍ وَانْخِفَاضَ آخَرَ عَلَى مَا مَثَلَتْ مِنَ الْإِسْكَانْدَرِيَّةِ؟ فَإِنْ قَالَ: «نَعَمْ» خَرَجَ مِنْ قَوْلِ جَمَاعَةِ الْعُلَمَاءِ، وَإِنْ قَالَ: «لَا يَجُوزُ ذَلِكَ» قِيلَ: فَلِمَ مَثَلْتَ بِمَا لَا يَجُوزُ؟

وَيُقَالُ لَهُ: أَخْبَرْنَا عَنْ الْوَقْتِ بَعَيْنُهُ الَّذِي فِيهِ أَهْلُ بِلَادٍ مُفْطَرُونَ لِغَيْبَةِ الشَّمْسِ عَنْهُمْ أَلَيْسَ هُوَ الْوَقْتُ بَعَيْنُهُ الَّذِي فِيهِ أَهْلُ أُخْرَى مُرْتَفَعَةٌ صَائِمُونَ لِأَنَّ الشَّمْسَ لَمْ تَغِبْ عَنْهُمْ؟ فَلَا بُدَّ مِنْ: «نَعَمْ».

فَيُقَالُ لَهُ: أَفْتَجِيزُ أَنْ يَكُونَ يَوْمُ التَّاسِعِ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ الَّذِي هُوَ يَوْمُ عِرْفَةِ لَعَيْنِهِ هُوَ يَوْمُ الْعَاشِرِ الَّذِي هُوَ يَوْمُ النَّحْرِ فِي غَيْرِ عِرْفَةِ لَعَيْنِهِ يَكُونُ لِأَهْلِ عِرْفَةِ عِرْفَةُ

ولغيرها من البلدان نَحْرُ والوقتُ واحدٌ، كما أجزت أن يكونَ وقتٌ واحدٌ بعينه لأهل بلادٍ نهارهم فيه صائمون ولأهل بلادٍ أخرى ليلهم فيه مفطرون؟

فإن قال: «نعم» أحال ولزمه إذ أجاز^(١) أن يكون التاسع بعينه لقوم هو العاشر بعينه لآخرين أن يُجيزَ كونَ شعبان بعينه لقوم شعبان وهو بعينه لآخرين شهر رمضان، وهذا محال.

وإن قال: «لا يُمكنُ أن يكون التاسع بعينه لقوم هو العاشر بعينه لآخرين» قيل: فلم قستَ ما لا يُمكنُ على ما قد أمكنَ وكانَ، وقد وقَّتَ رسولُ الله ﷺ المواقيتَ فهي على ما وقَّتَ، وأبانَ أنَّ مَنْ أدركَ عرفةَ قبلَ الفجرِ من يومِ النحرِ فقد أدركَ الحجَّ، فدلَّ بذلكَ على قوتِ الحجِّ لمن لم يُدركْ ذلكَ الوقتَ.

وفي قولهم: «خطأ يوم عرفة» / دليلٌ أنَّهم أخطئوه، فكيف يُصيبونه، وما لزم (١ / ٧) في ذلك لزم في أول يومٍ من شهر رمضان خفي على بلادٍ وعلمته بلادٌ.

فإن احتجَّ بقول ابن عباسٍ عورِضَ بقول عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في اليوم الذي أشكَلَ فقال: «لأنَّ أصومَ يوماً من شعبان أحبُّ إليَّ من أن أفطِرَ يوماً من رمضان». فأخبر أنَّه من رمضان وإن خفي على أهل بلده، وليس بين شعبان ورمضان غيرهما، فليس يخلوا يومُ الشكِّ من أن يكونَ من شهر رمضان فقد فرضَ الله جل وعزَّ صومه، أو لا يكونَ فهو من شعبان ولم يفرض الله جل وعزَّ.

هذا ما حَضَرَنِي، وبالله التوفيق.

(١) في الأصل: «إذا» في سطر، و: «جاز» في السطر الذي يليه، والظن أنه قسم كلمة: «أجاز» بين السطرين.

قال أبو إسحاق رَحِمَهُ اللهُ:

الْجَوَابُ

إِنَّ أبا إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ قد أطالَ الكلامَ في هذه المسألة، وأجابَ فيها بما يخالف مذهبَه ومذهبَ صاحِبِه وما عليه جماعةُ الأئمة.

* فَأَمَّا مذهبُه في كُلِّ مجتهدٍ أَنَّهُ لَا يُكَلِّفُ أَكْثَرَ مِنْ اجْتِهَادِهِ؛

فَمِنْ ذَلِكَ الْمُجْتَهِدُ فِي أَمْرِ الْقِبْلَةِ إِذَا صَلَّى بِاجْتِهَادِهِ ثُمَّ تَبَيَّنَ خَطَاؤُهُ^(١) فَقَدْ اِخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فِيهِ:

فَأَحَدُ قَوْلَيْهِ: أَنَّ عَلَيْهِ الْإِعَادَةَ.

وَاخْتَارَ الْمِزْنِيُّ قَوْلَهُ الْآخَرَ: أَنَّ لَا إِعَادَةَ عَلَيْهِ، وَاحْتَجَّ بِأَنْ لَيْسَ عَلَيْهِ إِصَابَةُ الْعَيْنِ لِلْعَجْزِ عَنْهُ، وَاحْتَجَّ نَاسِيًا أَوْ كَرَّهَا أَمْرُ^(٢) عُرْفَةَ فِي سَقُوطِ الْإِعَادَةِ.

فَكَيْفَ يَكُونُ هَذَا مَذْهَبَهُ وَعِنْدَهُ أَنَّ عَلَى مَنْ أَخْطَأَ عُرْفَةَ إِعَادَةً، وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا مِنَ الْأَئِمَّةِ أَوْجَبَ الْإِعَادَةَ عَلَى أَهْلِ عُرْفَاتٍ إِذَا وَقَفُوا ثُمَّ بَانَ لَهُمُ الْخَطَأُ؟

وَالَّذِي نَعْرِفُ مِنْ قَوْلِ أئِمَّةِ أَهْلِ الْحِجَازِ وَالْعِرَاقِ وَجَمَلَةِ النَّاسِ إِلَّا مَنْ شَذَّ / (٧/ ب)
أَنْ لَا إِعَادَةَ عَلَيْهِمْ، وَإِذَا كَانَ هَذَا مَذْهَبَهُمْ مَعَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ مَذْهَبِ الْمِزْنِيِّ فِي أَمْرِ الْقِبْلَةِ كَانَ الْأَشْبَهُ بِهِ نُصْرَةُ سَقُوطِ الْإِعَادَةِ؛ لِمُوَافَقَتِهِ لِلشَّافِعِيِّ فِي مَوَاضِعَ فِي سَقُوطِ الْإِعَادَةِ، مِثْلَ الْقِبْلَةِ وَالثُّوبَيْنِ إِذَا أَصَابَ أَحَدَهُمَا نَجَاسَةٌ وَالْإِنَائِينَ وَغَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُوَصِّلُ إِلَيْهِ إِلَّا بِاجْتِهَادٍ أَنْ لَا إِعَادَةَ فِي ذَلِكَ، وَأَوْكَدُ حُجَّتِهِ وَحُجَّةَ الشَّافِعِيِّ

(١) رَسْمُ الْأَصْلِ: «خَطَا».

(٢) هَكَذَا فِي الْأَصْلِ، وَلَعَلَّهُ: «بِأَمْرٍ». وَكَلِمَةُ: «نَاسِيًا» قَدْ تَقَرَّأَ بِالْبَاءِ الْمَوْحِدَةِ: «نَاسِبًا» عَلَى إِرَادَةِ مَعْنَى: حَاكِيَا لَهُ عَنِ الشَّافِعِيِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

في ذلك أمرٌ عرفة، وقد ردَّ المزنيُّ على الشافعي وعلى مَنْ خالفه في أمر القبلة وأوجب الإعادة.

ولا ندري كيف يقع لأبي إبراهيم هذا أن ينصُرَ شيئاً في وقته ثم ينصُرَ ضِدَّهُ بعد أن يُخالفَ الشافعيَّ في الموضعين؟

وليس في جميع الفرائض التي يَقَعُ الخطأُ فيها شيءٌ أقوى في سقوط الإعادة من أمرِ عرفة، وهو أقوى من أمر القبلة؛ لأنَّ أمرَ عرفة إنما يُشكَلُ لإشكالِ أمرِ الهلال، ومع ذلك فإنَّ عرفة لا يُقْضَى بعد خروج وقتها كما تُقْضَى الصلوات تأكيداً لأمرِ عرفة، وعليه إذا فاتته أن يقضي ذلك في السنة الأخرى، وعليه أكبرُ المشقة في انصرافه إلى بلده ورجوعه ثانياً إلى مكة، هذا مع ثقلِ المؤنة وكثرة المخاطرة، هذا أو مقامه بمكة سنة حتى يلحق الوقوف ثانياً، وأيهما كان فعليه فيه من المشقة ما لا يخفى، ثم إذا وقف في السنة الثانية وهو على غير يقين من الإصابة لأنه يمكن أن يقع من الإشكال في السنة الثانية في أمر الهلال مثل ما وقع في السنة / الأولى، ثم إن أوجبنا عليه إذا لحقه الخطأ ثالثاً أمكن فيه ما أمكن في السنة الأولى والثانية، وفي ذلك من المشقة من هذه الجهات ما لا خفاء به، وهو مما لا يمكن التحرز من الجهة التي أُتي^(١) منها ومنها وقع الخطأ.

وجميع هذه المعاني معدومة في أمر القبلة؛ لأن القبلة إذا وقع الخطأ فيها أمكن قضاء الصلاة أي وقت تبينه في أي موضع كان، لا يحتاج إلى تنقلٍ من مكان إلى مكان، والتحرز من الجهة التي أُتي منها ممكن، ولا مشقة في وجوب الإعادة، ولا لزوم مؤنة، ولا غيبة عن المال والأهل والوطن، ولا للقضاء في الاشتغال به مدة تطول، ولا مسافة تلزم فتلحق المشقة.

(١) في الأصل: «أوتي» بالواو، ثم ضرب على الواو.

وأمر الحج يحتاج فيه إلى سفرين: سفر إلى منزله، وسفر إلى قضائه، أو مقام مدة طويلة يغيب فيها عن أهله ووطنه وماله ومعاشه يلحقه في ذلك من المشقة والضرر ما لا خفاء به، ثم يمكن في السنة الثانية ما أمكن في السنة الأولى إلى ما لا نهاية له، فلذلك أسقط عنه الإعادة؛ لأنه أمر لا يمكنه أن يأتي فيه بأكثر مما أتى به، وهو فرض يلزم الناس جميعاً، لا يخرج عنه إلا أقلهم.

وأمر القبلة قد تَحَرَّزَ مِنْ وقوع الخطأ فيها في بلاد الإسلام جميعاً، وإنما تُؤَدِّي الضرورة إلى الاجتهاد في أمر القبلة نادراً للواحد بعد الواحد بأن يحصل في سفره فيشكل عليه أمر القبلة، فأما أن يكون في بلد أو قرية أو موضع إقامة فإن ذلك لا يقع فيه؛ لأن كل قوم قد عرفوا أمر قبلتهم / من حيث يأمنوا الخطأ، إذ ذلك فرض على جماعتهم، وإنما يلحق ذلك في سفرٍ لَغَيْمٍ أو ظلمة، لا يدوم ذلك، ولعله يلحقه في صلاة أو صلاتين، وليس في وجوب القضاء في ذلك ضرر ولا مشقة.

وأمر عرفة لا يمكن التحرز من وقوع الخطأ فيه لا مَنْ حضر ولا مَنْ غاب؛ لأنه متعلق بأمر الهلال، وإذا وقع الخطأ فيه لم يمكن القضاء، ولا بد من المقام أو الرجوع ثانياً، ففي ذلك أكبر المشقة.

فكيف يجوز أن يَظُنَّ أو يَتَوَهَّمَ أَحَدٌ أَنَّ الإعادة تسقط في الصلاة تخفيفاً عن المجتهد، وأنه قد أتى بما كُلفَ وسقط عنه إصَابَةُ الْعَيْنِ، هذا مع خفة المؤنة في قضائه، ولا يَسْقُطُ ذلك عن صاحب عرفة بل تَلَزَّمُ الإعادة ولا يُخَفَّفُ عنه لأنَّه لم يُصِبْ ما قَصَدَ مع ثَقُلِ المؤنة والمشقة والضرر في النفس والأهل والمال؟ هذا ما لا يُشْكِلُ لو أَنْصَفَ أبو إبراهيم مِنْ نَفْسِهِ وَأَنْصَفَ صَاحِبَهُ.

* وَمِنْ عَجَائِبِ مَا أَتَى بِهِ أَنْ اسْتَفْتَحَ كَلَامَهُ بِقَوْلِهِ: «بَحْسَبِكْ أَنْ قُلْتَ: إِنَّهُ يَوْمُ النحر، ويكفيك قول العلماء وجوابهم في خطأ عرفة: إِنَّهُمْ لَمْ يُصِيبُوا مَا أَخْطَأُوا».

فكأنه ألزمه الإعادة بتسميتهم ذلك اليوم يوم النحر، وتسميتهم لهم مُخطئين.
أُتراه حيث أجاز صلاته مع خطائه في القبلة بأن تكون القبلة غرباً وصلى هو
شرقاً لا يُسميه مخطئاً؟

فإن قال: لا أَسْمِيه مخطئاً لأنه قد أدّى ما كُلف = قيل: ولا نُسَمِّي صاحبَ عرفة
مخطئاً لأنه أدّى ما كُلف، ولا فرق بين أمر الله عزَّ وجلَّ باستقبال الكعبة فيجتهدُ
ويُقدِّر أنه مُستقبلُها فصلى ثم تبيَّن أنه / قد استدبرها في أنه مخطئٌ لم يُصبْ ما
(٩ / ١) قَصْدَه، ولئن جاز ذلك في الكعبة حتى يؤمَّرَ باستقبالها فيُقَصِدَ إلى ذلك فيُخطئُ
إلى غيره بل إلى ضِدِّه فيكونُ مع ذلك مُصِيباً فهو في عرفة أجوزُ.

ولم يختلف أحدٌ في صاحبِ عرفة والكعبة أنه مخطئٌ إذا لم يصادف ما أمر به،
ولم يُسْقِطُوا عنه الإعادة لأنه ليس بمخطئٍ، ولكنه خطأ مَغْفُوءٌ عنه، وليس كلُّ مَنْ
أخطأ في شرطٍ من شرائطِ فَرَضِهِ أو في فِعْلٍ مِنْ أفعاله بَطَلَّ فَرَضُهُ بجميعِ خَطَائِهِ،
بل يكونُ منها ما يُعْفَى له عنه ولا تُلْزَمُهُ الإعادة مِنْ أَجلِهِ، ومنها ما تُلْزَمُهُ الإعادة
مِنْ أَجلِهِ إذا وقعَ الخطأُ فيه، وهو في الجميعِ مخطئٌ غيرُ مصادِفٍ لِمَا قَصَدَه ولا
لِما أَمَرَ به، ولا يَبْطُلُ فَرَضُهُ مِنْ أَجلِ تركِ بعضِهِ وَيَبْطُلُ مِنْ أَجلِ البعضِ.

فالقبلة عند المزيٍّ من الأمور التي إذا اجْتَهَدَ فيها فَوَقَعَ الخطأُ لم تُلْزَمُهُ الإعادة
لخطائه، وكذلك أمرُ عرفة عند جماعة العلماء إنَّ أهلَ عرفة إذا أخطئوا في يومِ
عرفة فلم يَتَبَيَّنُوا الخطأَ حتَّى خرجَ يومُ عرفة أنَّ ذلك مُحْتَسَبٌ لهم به، ولا إعادة.

* فأما ما قاله أبو إبراهيم: «إنه إذا لَحِقَه اسمُ الخطأِ لَزِمَتْهُ الإعادة» = فلا نَعْلَمُ
أنَّ أحداً قاله؛ لأنَّ مَنْ يذهبُ إلى أنَّ كُلَّ مجتهدٍ مُصِيبٌ لا^(١) يُسَمِّيهِ مخطئاً، ولا
يُلْزَمُهُ الإعادة في عرفة ولا في قبلة، فأما أبو إبراهيم فليسَ هذا مذهبه، وكتبه مَلَأَى

(١) في الأصل: «فلا»، ثم مسح الفاء.

(٩/ب) مِنْ تَخْطِئَةِ النَّاسِ وَنَسَبَتِهِمْ إِلَى الْخَطِإِ لِقِيَاسٍ قَوِيٍّ وَضَعِيفٍ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ هَذَا مَذْهَبَهُ وَلَا مَذْهَبَ صَاحِبِهِ فَقَدْ عَلِمَ أَنَّ الْخَطَأَ قَدْ لَحِقَهُ، وَلَكِنْ مِنَ الْخَطِإِ مَا يُعْفَى لَهُ عَنْهُ / وَيُخْتَسَبُ لَهُ بِفَرْضِهِ، وَمِنْ الْخَطِإِ مَا تَلَزَّمَهُ مَعَهُ الْإِعَادَةُ وَلَا يُعْفَى لَهُ عَنْهُ عَلَى حَسَبِ دَلَائِلِ الْأَصُولِ فِي سُقُوطِ الْإِعَادَةِ وَوُجُوبِهَا.

وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ فَعَرَفَهُ مِنَ الْأُمُورِ الَّتِي فِيهَا الدَّلَائِلُ الْوَاضِحَةُ فِي سُقُوطِ الْإِعَادَةِ، وَهِيَ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا مِنْ قَوْلِ الْأُئِمَّةِ وَوُجُوهِ الْقِيَاسِ الَّتِي يَقَعُ التَّخْفِيفُ وَالْمَسَامَحَةُ مِنْ أَجْلِ بَعْضِهَا، وَفِي ذَلِكَ إِبْطَالُ أَكْثَرِ مَا أَتَى بِهِ الْمَرْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

* وَمَا ذَكَرَ مِنْ أَنَّهُمْ أَخْطَئُوا الْيَوْمَ الَّذِي أَمَرُوا بِهِ = فَصَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ أَصَابُوا الْيَوْمَ الَّذِي أَمَرُوا بِهِ مَا سُمُّوا مُخْطِئِينَ، وَلَكِنَّهُ خَطَأٌ مَعْفُوفٌ عَنْهُ، كَمَا أَنَّ الَّذِي اسْتَقْبَلَ غَيْرَ الْكَعْبَةِ مُخْطِئٌ فِي اجْتِهَادِهِ، وَلَكِنَّهُ خَطَأٌ مَعْفُوفٌ عَنْهُ، أُقِيمَ لَهُ النَّاحِيَةُ الَّتِي اسْتَقْبَلَهَا بَدَلًا مِنَ النَّاحِيَةِ الَّتِي أَمَرَ بِاسْتِقْبَالِهَا، فَكَذَلِكَ أُقِيمَ لَهُ الْيَوْمُ أَدَاهُ إِلَيْهِ اجْتِهَادُهُ مَقَامَ يَوْمِ عَرَفَةَ وَاحْتِسَبَ لَهُ بَدَلًا أَنَّهُ أَصَابَ مَا طَلَبَ، وَلَا أَصَابَ الْيَوْمَ الَّذِي أَمَرَ بِالْوُقُوفِ فِيهِ، وَلَكِنْ أُقِيمَ لَهُ الْيَوْمُ الَّذِي أَدَاهُ اجْتِهَادُهُ إِلَيْهِ مَقَامَ الْيَوْمِ الَّذِي أَمَرَ بِهِ، وَأَمْرُ عَرَفَةَ وَأَمْرُ الْقِبْلَةِ فِي ذَلِكَ وَاحِدٌ.

* فَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ مِنْ أَمْرِ رَمَضَانَ إِذَا أَشْكَلَ أَوَّلُهُ ثُمَّ تَبَيَّنَ الْخَطَأُ فِيهِ = فَهُوَ مُخَالَفٌ لِأَمْرِ عَرَفَةَ وَلِأَمْرِ الْقِبْلَةِ مِنْ وَجْهِهِ، أَحَدُهَا: أَنَّ الشَّكَّ إِذَا وَقَعَ فِيهِ أَمَكْنَ الْإِحْتِيَاظُ حَتَّى يَأْتِيَ بِالصَّوْمِ فِي وَقْتِهِ أَوْ بَعْدَهُ قِضَاءً إِحَاطَةً، فَإِذَا تَرَكَ الْإِحَاطَةَ وَاجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَكَأَنَّهُ أَتَى مِنْ قَبْلِ نَفْسِهِ، وَالصَّوْمُ يَمَكُنُ الْقِضَاءَ فِيهِ إِذَا فَاتَ، وَلَا مَشَقَّةَ فِي قِضَائِهِ فِي مَالٍ وَلَا نَفْسٍ، وَأَيُّ مَشَقَّةٍ فِي قِضَاءِ صَوْمٍ يَوْمٍ أَوْ / يَوْمَيْنِ؟ وَهُوَ أَكْبَرُ مَا يَقَعُ الشَّكُّ فِيهِ، فَأَيْنَ ذَلِكَ مِنْ أَمْرِ إِذَا أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ الْإِعَادَةَ اخْتِجَاجًا إِلَى الرَّجُوعِ مَسَافَةً شَهْرًا أَوْ سَنَةً ثُمَّ الرَّجُوعِ إِلَى مَكَّةَ ثَانِيًا، أَوْ إِقَامَةِ سَنَةٍ بِمَكَّةَ، ثُمَّ لَا يَأْمَنُ أَنْ يَخْتِجَاجَ إِلَى الْقِضَاءِ ثَانِيًا وَثَالِثًا، هَذَا مَعَ مَا يَلْزَمُهُ فِيهِ مِنَ الْأَمْوَالِ لِتَنْفِقَتِهِ وَمُؤْنَتِهِ وَمَا يَلْحَقُهُ

مِنْ تَضْيِيعِ مَالِهِ وَأَهْلِهِ فِي غَيْبَتِهِ عَنْهُمْ؟ فَأَيْنَ هَذِهِ الْمَشَقَّةُ مِنْ قِضَاءِ صَلَاةٍ فِي مَوْضِعِهِ
أَوْ قِضَاءِ صَوْمٍ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ؟ فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَتَوَهَّمُ أَنَّ خَطَأَهُ فِي الْقِبْلَةِ مَغْفُورٌ عَنْهُ
مَعَ سَهُولَةِ الْأَمْرِ وَخِفَّةِ الْمُؤْنَةِ فِي الْإِزَامِ الْإِعَادَةِ وَتَلَزَمَ فِي عَرَفَةَ وَلَا يُغْفَى لَهُ عَنْهُ فِي
ثِقَلِ الْمُؤْنَةِ وَالْمَشَقَّةِ وَالضَّرَرِ فِي النَّفْسِ وَالْأَهْلِ وَالْمَالِ؟

لَوْ أَنْصَفَ أَبُو إِبْرَاهِيمَ صَاحِبَهُ لَمَّا خَفِيَ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَكِنَّهُ قَدْ وَضَعَ فِي
نَفْسِهِ مُخَالَفَتَهُ وَالِاسْتِقْصَاءَ عَلَيْهِ وَالِإِسْرَافَ فِي ذَلِكَ إِذَا وَجَدَ إِلَى ذَلِكَ سَبِيلًا، وَاللَّهُ
يُوقِنُنَا وَإِيَّاهُ لَأَرْشِدِ الْأُمُورَ وَيَهْدِينَا وَإِيَّاهُ لَمَا يُحِبُّ وَيَرْضَى.

* وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ مِنْ قَوْلِهِ: وَقَدْ وَقَّتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَوْقَاتًا فِي شَرَائِعَ، فَمِنْهَا مَا لَا
يُعْمَلُ إِلَّا فِي وَقْتِهِ مِثْلُ عَرَفَةَ وَأَيَّامِ الرَّمْيِ وَالْبَيْتُوتَةِ بِمَنَى، وَأَنَّ التَّارِكَ لَذَلِكَ عَامِدًا^(١)
وَخَاطِئًا سِوَاءً إِلَّا فِي الْمَأْثِمِ، وَكَذَلِكَ يَوْمُ عَرَفَةَ، وَأَنَّ الْإِمَامَ وَغَيْرَهُ فِي ذَلِكَ سِوَاءٌ =
فَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنْ وَقْتِ الرَّمْيِ وَالْحَلْقِ فَجَمِيعُ ذَلِكَ تَابِعٌ لِعَرَفَةَ، فَإِذَا عُفِيَ لَهُ عَنْ
عَرَفَةَ حَتَّى جَازَ وَقْتُ عَرَفَةَ ثُمَّ تَبَيَّنَ خَطَأُ عَرَفَةَ فَلَيْسَ يَخْلُو ذَلِكَ مِنْ أَحَدٍ وَجْهَيْنِ:
إِمَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ ذَلِكَ قَبْلَ مُضِيِّ أَيَّامِ مَنَى، فَسَبِيلُهُ أَنْ يَأْتِيَ بِأَيَّامِ مَنَى فِي أَوْقَاتِهَا عَلَى
الصَّحِّحَةِ، / لَا عَلَى مَا جَرَى مِنَ الْخَطِإِ فِي عَرَفَةَ.

(١٠ / ب)

وَأِنْ لَمْ يَتَبَيَّنْ ذَلِكَ حَتَّى جَاوَزَ أَيَّامَ مَنَى فَمَا فَعَلَهُ فِي أَيَّامِ مَنَى مِنْ تَقْدِيمٍ أَوْ تَأْخِيرٍ
عَلَى مَا أَوْجَبَهُ وَقُوفُهُ فَجَمِيعُ ذَلِكَ تَابِعٌ لِعَرَفَةَ، وَهُوَ مَغْفُورٌ عَنْهُ، وَجَمِيعُ ذَلِكَ جَائِزٌ،
لَا إِعَادَةَ عَلَيْهِ وَلَا كَفَارَةَ مِنْ أَجْلِهِ.

أَتُرَاهُ قَدَّرَ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا عَفَى لَهُ عَنْ خَطِإِ عَرَفَةَ لَا يَعْفُو لَهُ عَنْ رَمْيِهِ؟ بَلْ
جَمِيعُ ذَلِكَ مَغْفُورٌ عَنْهُ وَكَأَنَّهُ قَدْ أَتَى بِجَمِيعِ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُحْتَسَبَ
لَهُ بِوُقُوفِهِ بِعَرَفَةَ وَيُجْعَلَ ذَلِكَ فِي مَعْنَى يَوْمِ عَرَفَةَ وَلَا يُحْتَسَبَ لَهُ بِمَا بَعْدَهُ، بَلْ

(١) فِي الْأَصْلِ: «عَامِدٌ».

جميع ذلك مُحْتَسَبٌ له به، ولو أردنا أن نَعْفُوا لهم عن أحدهما دون الآخر لكان الرمي والبيتوتة بذلك أولى.

فإن قال: إنما أراد المخطئ في أيام منى دون عرفة، وهذا مما لا خلاف فيه أنه غير مَعْفُو له عنه = قيل: وكذلك لا خلاف في أن واحدا لو أخطأ عرفة دون سائر الناس لم يُحْتَسَبْ له به، وإنما يُحْتَسَبْ له إذا أخطأ أهل الموقف جميعا، فأما إذا أخطأ الواحد فعليه الإعادة؛ لأنه أتى من قبل نفسه بالخروج عن جملتهم، ولا يُحْتَسَبْ له به، وإنما يُعْفَى عن الجماعة لأنه لم يمكنهم أكثر منه، وفي وجوب الإعادة على جماعتهم من المشقة والمؤونة ما ذكرنا، وأما الخطأ في الرمي وفي البيتوتة فلا يقع ذلك للجماعة، وإن وقع فإنما يقع ذلك للواحد بعد الواحد، فالقضاء أو الكفارة فيه واجب.

ولو جاز أن يقع الخطأ في جماعتهم في أمر منى والرمي لم يُعْفَ لهم عنه، وكان ذلك مفارقا لعرفة؛ لأن ذلك إذا فات وقته / جَبَرَ بَدَمٍ واستغني عن جميع ما ذكرنا في أمر عرفة، وما أمكن جَبْرُهُ بالدم أو إطعام^(١) أو صيام فهو مُخَالِفٌ لعرفة؛ لأن عرفة لا يُجْزئ عنها قضاء ولا كفارة، وليس فيه إلا العود ثانيا، فهو الذي أوجب الاحتساب لهم وإن جرى عليهم فيه الخطأ من أجل المشقة في المال والنفس، وجميع ذلك ساقط فيما يتوب عند بدل أو يُمكن قضاؤه بعد خروج وقته، والله أعلم.

والخطأ إذا وقع بعرفة فليس يخلو ذلك من وجهين:

إما أن يكونوا وَقَفُوا قبله بيوم، بأن يشهد عندهم مَنْ قَبِلُوا شهادته برؤية الهلال على النقصان ووقفوا بعرفة على ما أوجبته شهادتهم، ثُمَّ تَبَيَّنُوا الخطأ في شهادتهم بأن رَجَعُوا عن الشهادة، فتَبَيَّنُوا أَنَّهُمْ وَقَفُوا في يوم التَّروِيَةِ.

(١) في الأصل: «أو الإطعام»، ثم ضرب على اللام ألف ليصير: «أو إطعام».

وَأَمَّا أَنْ يَكُونُوا وَقَفُوا فِي يَوْمِ النَّحْرِ، بِأَنْ تَغَيَّمَ عَلَيْهِمْ هَلَالُ ذِي الْحِجَّةِ فَأَتَمُّوا شَهْرَ ذِي الْقَعْدَةِ ثَلَاثِينَ وَوَقَفُوا بِعَرَفَةَ عَلَى ذَلِكَ، ثُمَّ قَامَتْ عَنْدهُمْ بَيِّنَةٌ بِرُؤْيَةِ الْهَلَالِ عَلَى النَّقْصَانِ، فَتَبَيَّنُوا أَنَّهَمْ وَقَفُوا يَوْمَ النَّحْرِ.

فَإِنْ جَرَى الْأَمْرُ فِي عَرَفَةَ عَلَى أَنَّهَمْ وَقَفُوا يَوْمَ التَّروِيَةِ ثُمَّ صَحَّ ذَلِكَ عَنْدهُمْ فِي يَوْمِ عَرَفَةَ أَوْ فِي لَيْلَةِ النَّحْرِ فعَلَيْهِمُ الرَّجُوعُ إِلَى عَرَفَاتٍ، وَمَا مَضَى غَيْرُ مُحْتَسِبٍ لَهُمْ بِهِ إِذَا تَبَيَّنُوهُ وَوَقْتُهُ بَاقِي^(١).

وَإِنْ لَمْ يَتَبَيَّنُوا ذَلِكَ حَتَّى جَازَ يَوْمُ عَرَفَةَ وَلَيْلَةُ النَّحْرِ اخْتُسِبَ لَهُمْ بِوُقُوفِهِمْ، وَإِذَا اخْتُسِبَ لَهُمْ بِذَلِكَ اخْتُسِبَ لَهُمْ بِمَا بَعْدَهُ.

فَأَمَّا الْوَاحِدُ إِذَا فَارَقَ الْجَمَاعَةَ وَأَخْطَأَ الْوَقْتَ فَغَيْرُ مُحْتَسِبٍ لَهُ بِهِ، لَا فِي عَرَفَةَ وَلَا فِي / غَيْرِهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١١ / ب)

* وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ أَبُو إِبْرَاهِيمَ مِنْ قَوْلِهِ: إِنَّ الْإِمَامَ وَغَيْرَهُ فِي كُلِّ ذَلِكَ سَوَاءٌ، لَا يَتَبَدَّلُ حُكْمُ مَا وَقَّتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِإِمَامٍ وَلَا غَيْرِهِ، أَرَأَيْتَ لَوْ مَاتَ الْإِمَامُ أَوْ جُنَّ أَمَّا كَانَ لِلنَّاسِ عَرَفَةُ؟ أَرَأَيْتَ لَوْ لَمْ يَنْحَرْ الْإِمَامُ يَوْمَ النَّحْرِ أَمَّا كَانَ لِلنَّاسِ نَحْرٌ؟ أَرَأَيْتَ لَوْ عَلِمَ أَوَّلَ يَوْمٍ مِنَ الشَّهْرِ وَلَمْ يَعْلَمْ إِمَامُهُ أَلَمْ يَلْزَمْهُ الصَّوْمُ؟ أَرَأَيْتَ مَنْ عَلِمَ بِيَوْمِ الْفِطْرِ وَلَمْ يَعْلَمْ إِمَامُهُ أَيَحِلُّ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ فِي النَّهْيِ؟ إِلَى سَائِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي ذَلِكَ = فَإِنَّ مَقْصِدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِذِكْرِ الْإِمَامِ فِي أَمْرِ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ قَصْدًا إِلَى وَقْعِ الْخَطَا عَلَى أَهْلِ الْمَوْقِفِ كَافَّةً وَخَطَائِهِمْ^(٢) فِيهِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْوَاحِدِ إِذَا أَخْطَأَ أَنَّ عَلَى الْوَاحِدِ الْإِعَادَةَ، وَالْجَمَاعَةُ لَا إِعَادَةَ عَلَيْهِمْ، لَا أَنَّ الْحَجَّ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِوُقُوفِهِ مَعَهُمْ، كَمَا أَنَّ الصَّلَاةَ الْجُمُعَةَ وَالْعِيدَيْنِ وَسَائِرَ مَا سَبَّلَهَا

(١) هَكَذَا فِي الْأَصْلِ بِإِثْبَاتِ الْبَاءِ فِي أَشْبَاهِهَا كَثِيرَةٌ.

(٢) رَسْمُ الْأَصْلِ: «خَطَاهُمْ».

أن يحضرها الإمام أو من يقوم مقامه إذا قصد إلى ذكر اجتماع الناس فيه عذر ذلك بالإمام؛ لأنه الذي يجمعهم وهو القيم بهم، ومن خرج عن الجماعة التي فيها الإمام فهي شذوذ لا يلتفت إليها، والعمل هو العمل الذي تعمه الجماعة باجتماعها مع إمامها، لا أنه يقصد بذلك أن الإمام إذا كان له عذر أو عائق من حضوره أو من يقوم مقامه بطلت أفعالهم، فكذلك أمر عرفات قصد الشافعي في^(١) إلى ما ذكر جماعتهم بالخطأ فعلق ذلك بالإمام؛ لأنه الجامع لهم والقيم بأمرهم، وهو الذي / يُعرف بهم. (١/١٢)

* فأما ما ذكره من ترك الإمام النحر وغير ذلك لما لحقه من تفريط أو تواني أو عذر مما يتبين خلافه = فذلك مما لا يلتفت إليه، ولم يسقط الشافعي فرض ولا نفلاً لتفريط ولا تواني، ولا ذلك مما تكلم أهل العلم فيه، وإنما تكلموا فيمن اجتهد وأتى بالفرض على ظاهر الإمكان وعلى ما أداه إليه اجتهاده، فمن عذره لم تلزمه الإعادة ثانياً، أو لم يعذره فأوجب الإعادة، فأما التفريط والتواني فليس ذلك مما نحن فيه بسبيل، التواني لا يغير فرضاً ولا نفلاً، وذكر ذلك في هذا الموضع إما غفلة وإما قلة نصفة.

* وأما ما ذكره من الفرق بين عرفة وبين أول يوم من شهر رمضان = فقد ذكرناه، ويقال له: ما الفرق بين أول يوم من شهر رمضان إذا وقع الخطأ فيه وبين القبلة إذا وقع الخطأ فيها، فما ذكر من الفرق بينهما صلح أن يفرق بينه وبين عرفات، بل الفرق بين الصوم وبين عرفات أوضح من الفرق بين الصوم وبين القبلة؛ للمعاني التي تلحقه في أمر الحج من التغليب في نفقته ومقامه ومفارقة أهله وولده، وليس شيء من ذلك موجوداً في القبلة، فإذا جاز له في القبلة أن يفرق بينها^(٢) وبين الصيام

(١) هكذا في الأصل، ولعله: «فيه».

(٢) كتب فوق السطر في الأصل: «بينه».

مع خِفَّةِ المؤونةِ في قضاءِ الصلاةِ كان أمرُ عرفاتٍ بذلك أولى.

* وأما تخريبُجه لقولِ النبي ﷺ: «فِطْرُكُمْ يَوْمَ تَفْطِرُونَ، وَأَضْحَاكُمْ يَوْمَ تُضَحُّونَ»

أَنَّهُ إِنَّمَا قَصَدَ بِذَلِكَ إِلَى مُخَالَفَةِ الْمُشْرِكِينَ، وَأَنْ يُبَيَّنَّ أَنَّ فِطْرَنَا يَوْمَ نَفْطِرُ، وَأَضْحَانَا

يَوْمَ نُضَحِّي، لَا يَوْمَ يَفْعَلُ الْمُشْرِكُونَ = / فهذا تأويلٌ فاسدٌ لا وجهَ له، وَلَا يُحْتَاجُ مِنْ (١٢/ ب)

أَجَلِهِ إِلَى نَقْلِ الْخَبَرِ؛ لِأَنَّ الْمُشْرِكِينَ لَمْ يُنَازِعُوا الْمُسْلِمِينَ فِي ذَلِكَ وَلَا حَاجُوهُمْ،

وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمْ فِي ذَلِكَ خِلَافٌ هَلْ كَانَ يَقَعُ الْإِشْكَالُ إِذَا سَنَّ لِلْمُسْلِمِينَ يَوْمًا جَعَلَ

ذَلِكَ يَوْمَ أَضْحَاهُمْ وَاخْتَارَ الْمُشْرِكُونَ لِأَنْفُسِهِمْ يَوْمًا أَنْ يَنْطَلَّ يَوْمُنَا مِنْ أَجْلِ يَوْمِهِمْ

حَتَّى يُحْتَاجَ إِلَى أَنْ يَسُنَّ وَيُبَيَّنَّ أَنَّ الْفِطْرَ يَوْمَ فِطْرِكُمْ وَالْأَضْحَى يَوْمَ أَضْحَاكُمْ، هَذَا

مِمَّا لَا إِشْكَالَ فِيهِ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى تَكْلُفٍ نَقْلِ الْخَبَرِ مِنْ أَجَلِهِ، وَإِنَّمَا نُقِلَ الْخَبَرُ

فِيمَا يَقَعُ فِي مِثْلِهِ الْإِشْكَالُ، وَهُوَ أَنَّ يَوْمَ الْفِطْرِ وَيَوْمَ الْأَضْحَى مُتَعَلِّقَيْنِ بِالْهَلَالِ،

فَرُبَّمَا عُورِنَ الْهَلَالُ ظَاهِرًا فَيُخْصَلُ لَنَا الْفِطْرُ وَالْأَضْحَى مُعَيَّنًا، وَرُبَّمَا خَفِيَ عَلَيْنَا

أَمْرُ الْهَلَالِ بِأَنْ لَا يُرَى ظَاهِرًا فَيَقَعُ الْجَاهِدُ فِيهِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ حَقِيقَةُ ذَلِكَ، فَرُبَّمَا صَادَفَ

الْحَقِيقَةُ مُوَافَقًا لِفَعْلِهِمْ، وَرُبَّمَا صَادَفَ مُخَالَفًا لِفَعْلِهِمْ، فَيُشْكَلُ الْأَمْرُ فِيهِ وَيَجُوزُ أَنْ

يُؤْمَرُوا بِالْإِعَادَةِ وَلَا يُحْتَسَبَ لَهُمْ بِمَا مَضَى مِنْ نَحْرِهِمْ، وَيَجُوزُ الْاِحْتِسَابُ لَهُمْ

بِهِ، وَيُحْتَاجُ فِي ذَلِكَ إِلَى بَيَانٍ لَوْ قَوَّعَ الْإِشْكَالَ فِيهِ، فَبَيَّنَ النَّبِيُّ ﷺ بِقَوْلِهِ: «فِطْرُكُمْ

يَوْمَ تَفْطِرُونَ، وَأَضْحَاكُمْ يَوْمَ تُضَحُّونَ» أَنْ لَا إِعَادَةَ عَلَيْهِمْ، وَأَنَّ مَا أَتَوْا بِهِ مُحْتَسَبًا

لَهُمْ بِهِ، هَذَا فَائِدَةُ الْخَبَرِ، وَهَذَا بَيِّنٌ وَاضِحٌ، وَهُوَ الَّذِي أَبَانَهُ الشَّافِعِيُّ، فَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ

الْمُزَنِيُّ فَلَا فَائِدَةَ فِيهِ وَفِي نَقْلِ الْخَبَرِ مِنْ أَجَلِهِ.

وَقَدْ قَالَ أَيْضًا: يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ: «فِطْرُكُمْ يَوْمَ تَفْطِرُونَ» مَا لَمْ يَبَيَّنُوا

خِلَافَهُ. وَهَذَا أَيْضًا مِمَّا لَا فَائِدَةَ فِيهِ، إِذَا أَفْطَرُوا وَنَحَرُوا بِضَرْبٍ مِنَ الدَّلِيلِ لَمْ

يَبَيَّنُوا خِلَافَهُ وَلَا / وَقَوَّعَ الْخَطَأَ فِي فَعْلِهِمْ وَلَا فِي اجْتِهَادِهِمْ أَيُّ فَائِدَةٍ فِي أَنْ يُقَالَ: (١٣/ أ)

لَا إِعَادَةَ عَلَيْكُمْ، أَوْ إِنْ فِطْرَكُمْ يَوْمَ أَفْطَرْتُمْ؟

كُلُّ ذَلِكَ تَأْوِيلٌ مُسْتَكْرَهٌ لَا يَجُوزُ اعْتِقَادُ أَكْثَرِهِ، وَاللَّهُ يَغْفِرُ لَنَا وَلَهُ.

* وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ مِنْ قَوْلِهِ فِي الصَّافَا وَالْمَرُوءَةِ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾ [البقرة: ١٥٨]، وَأَنَّ تِلْكَ نَزَلَتْ مِنْ أَجْلِ الْمُشْرِكِينَ = فَمَعَاذَ اللَّهِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا نَزَلَتْ مِنْ أَجْلِ إِدْخَالِ الْعُمْرَةِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ وَأَنَّ الْمُشْرِكِينَ وَالْمُسْلِمِينَ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ كَانُوا يَتَوَقَّعُوا ذَلِكَ، بَلْ يَعُدُّوهُ مِنَ الْكِبَائِرِ، فَنَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ فِي إِدْخَالِ الْعُمْرَةِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ وَفِي إِبَاحَةِ السَّعْيِ وَالطَّوَافِ لِلْعُمْرَةِ، فَإِنَّمَا نَزَلَتْ رِخْصَةً فِيمَا كَانَ عِنْدَ الْمُسْلِمِينَ مُحْظُورًا، أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ امْتَنَعُوا بَعْدَ نَزُولِ الْآيَةِ وَرَاجَعُوا النَّبِيَّ ﷺ وَقَالُوا: «يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ نَخْرُجُ إِلَى مَنَى وَمَذَا كِيرُنَا تَقْطُرُ مَنًى»، فَاِمْتَنَعُوا مِنْ إِدْخَالِ الْعُمْرَةِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ وَمِنْ التَّحْلِيلِ بَعْدَ الْإِحْرَامِ بَعْدَ^(١) نَزُولِ الْآيَةِ لِمَا كَانُوا عَلَيْهِ مِنَ الْامْتِنَاعِ حَتَّى أُلْجِيَ النَّبِيُّ ﷺ إِلَى أَنْ فَسَخَ عَلَيْهِمْ حَجَّهُمْ لِيَضْطَرَّ هُمْ إِلَى الْعُمْرَةِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ لِيُزُولَ مَا هُمْ عَلَيْهِ مِنَ التَّوَقُّي مَخَافَةَ الْإِثْمِ عَلَيْهِمْ، فَهَذَا الْمَعْنَى فِي نَزُولِ الْآيَةِ فِي الرُّخْصَةِ فِي أَمْرِ الصَّافَا وَالْمَرُوءَةِ^(٢).

(١) فِي الْأَصْلِ: «وَبَعْدَ». ثُمَّ ضَرَبَ عَلَى الْوَاوِ.

(٢) يُشِيرُ إِلَى الْحَدِيثِ الَّذِي أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٧٣٦٧) وَمُسْلِمٌ (١٢١٦) وَاللَّفْظُ لَهُ مِنْ حَدِيثِ عَطَاءٍ قَالَ: سَمِعْتُ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي نَاسٍ مَعِيَ قَالَ: أَهْلَلْنَا أَصْحَابَ مُحَمَّدٍ ﷺ بِالْحَجِّ خَالِصًا وَحْدَهُ. قَالَ عَطَاءٌ: قَالَ جَابِرٌ: فَقَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ صَبِيحَ رَابِعَةِ مَضَتْ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ فَأَمَرَنَا أَنْ نُحِلَّ. قَالَ عَطَاءٌ: قَالَ: حَلُّوا وَأَصِيبُوا النِّسَاءَ. قَالَ عَطَاءٌ: وَلَمْ يَعِزْمَ عَلَيْهِمْ، وَلَكِنْ أَحْلَاهُنْ لَهُمْ، فَقُلْنَا: لِمَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ عُرْفَةِ إِلَّا خَمْسٌ أَمَرْنَا أَنْ نَفْضِيَ إِلَى نِسَائِنَا، فَتَأْتِي عُرْفَةَ تَقْطُرُ مَذَاكِيرَنَا الْمَنَى. قَالَ: يَقُولُ جَابِرٌ بِيَدِهِ كَأَنِّي أَنْظُرُ إِلَى قَوْلِهِ بِيَدِهِ يَحْرُكُهَا. قَالَ: فَقَامَ النَّبِيُّ ﷺ فِينَا فَقَالَ: قَدْ عَلِمْتُمْ أَنِّي أَتَقَاكُمْ لِلَّهِ وَأَصْدَقَكُمْ وَأَبْرَكُمْ، وَلَوْلَا هَدْيِي لَحَلَلْتُ كَمَا تَحْلُونَ، وَلَوْ اسْتَقْبَلْتُ مِنْ أَمْرِي مَا اسْتَدْبَرْتُ لَمْ أَسْقِ الْهَدْيَ، فَحَلُّوا. فَحَلَلْنَا وَسَمِعْنَا وَأَطَعْنَا.

قُلْتُ: وَلَيْسَ فِيهِ أَنَّ هَذِهِ الْحَادِثَةَ كَانَتْ سَبَبَ نَزُولِ الْآيَةِ، بَلْ إِنْ مَا قَالَ بِهِ الْمَزْنِي وَنَفَاهُ أَبُو إِسْحَاقَ هُوَ الصَّحِيحُ فِي سَبَبِ النِّزُولِ كَمَا سَبَقَ تَخْرِيجُهُ.

* وأما تأويله في أمر الفطر والأضحى = فما نَظَرْنَا أَنَّ أَحَدًا ذَهَبَ إِلَيْهِ وَلَا نَقَلَ
 فيما بين المسلمين والمشرّكين في ذلك شيئًا يُوجِبُ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ إِلَى نَقْلِ خَبَرٍ،
 وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ غَلَبَةِ الْهَوَى وَحَمْلِ النَّفْسِ عَلَى طَلَبِ التَّأْوِيلِ الْمُسْتَكْرَهِ وَالصَّفْحِ
 عَنِ التَّأْوِيلِ / الواضح بلا ضرورة تلجئ إليه.

(١٣ / ب)

* وأما قوله في الأسير في بلاد العدو أنه لا يسقط عنه الفرض للجهل بالوقت،
 وأن ذلك إجماعاً = فمن قال له: إن الجهل بالوقت يسقط الفرض؟ وإنما قيل له:
 إن الفرض إذا أدّى باجتهاد لم يلحق صاحبه فيه تفريط ولا تضييع بل أتى بأكثر
 ما أمكنه فهو جائز، فإن وقع سهو أو غلط في بعض شرائط فربما عفي له عنه بعد
 الإتيان به على اجتهاده على حسب دلائل الأصول.

ولم نقل: إن من جهل يوم عرفة يسقط عنه الفرض من أجل جهله وكان حجه
 جائزاً بلا وقت كما ألزمنا في الأسير في بلاد العدو، وإنما قلنا: إذا وقف أهل
 الموقف باجتهادهم ثم بان لهم أنهم وقفوا في غير وقته.

مثله الأسير إذا اشتبه عليه فصامه باجتهاده ثم صادفه قد صام شعبان أو شوال،
 فإن صادف ذلك بعد الفرض فذلك جائز، ويكون ذلك قضاءً، وإن صادف قبله
 وتبينه وشهر الصوم باقٍ أو بعضه فلا شك في وجوب الإعادة فيما بقي من وقته،
 وإن تبينه وقد فات الوقت فقد اختلف قول الشافعي في ذلك:

وأحد قوليه: إنه محتسب له به كالقبلة وكعرفة.

والقول الثاني: إنه غير محتسب له به؛ لفرق بينه وبين عرفة قد ذكرنا ذلك في
 أول المسألة، وهو أنه كان يمكنه الإحاطة وأن لا يقدم على الصوم حتى يعلم
 يقيناً بدخول وقته فيصوم حينئذ، فإمّا أن يحصل في وقته وإمّا قضاءً، فلمّا أمكنه في

فَرَضَهُ الْإِحَاطَةُ فَعَدَلَ بِهِ إِلَى الْجَهْدِ فَأَخْطَأَ فَكَانَ أَتَى مِنْ قَبْلِ نَفْسِهِ، فَيُفَرَّقُ بِهَذَا بَيْنَ الصَّوْمِ وَالْقِبْلَةِ وَعُرْفَةٍ.

(١/١٤) والصَّحِيحُ عِنْدَنَا هَذَا / الْقَوْلُ.

فَهَذَا هُوَ الْمَوْضِعُ الَّذِي يَتَنَازَعُ فِيهِ أَهْلُ الْعِلْمِ، فَيُسْقِطُ بَعْضُهُمُ الْإِعَادَةَ، وَيُوجِبُ بَعْضُهُمُ الْإِعَادَةَ.

فَأَمَّا مَا أَتَى بِهِ أَبُو إِبْرَاهِيمَ مِمَّا كَبَّرَ بِهِ الْمَسْأَلَةَ مِنْ مَوْتِ إِمَامٍ وَجُنُونِهِ، أَوْ تَفْرِيطِهِ فِي الْأَضَاحِيِّ، أَوْ جَاهِلِ جَهْلِ الْوَقْتِ فَلَمْ يَأْتِ بِالْفَرْضِ = فَلَيْسَ هَذَا مِنْ أَمْرِ صَاحِبِ عُرْفَةٍ بِشَيْءٍ، وَاللَّهُ يَغْفِرُ لَنَا وَلَهُ.

وَأَمَّا الْمَشْرُكُ إِذَا أَسْلَمَ وَقَدْ مَضَى بَعْضُ رَمَضَانَ = فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءُ مَا مَضَى مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ غَيْرَ مُخَاطَبٍ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] يَعْنِي: فِي الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَوَّلُ الشَّهْرِ مِمَّا قَدْ سَلَفَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِ. وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ إِذَا بَلَغَ وَالْمَجْنُونُ إِذَا أَفَاقَ لَا قَضَاءَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ؛ لِأَنَّ مَا مَضَى مَغْفُورٌ لَهُمْ عَنْهُ وَكَانُوا غَيْرَ مُخَاطَبِينَ.

وَأَمَّا الْجَاهِلُ بِالْوَقْتِ وَالْأَسِيرُ إِذَا لَمْ يَصُومَ حَتَّى خَرَجَ الشَّهْرُ = فَهَؤُلَاءِ مُخَاطَبُونَ قَدْ لَزِمَهُمُ الْإِتْيَانُ بِالْفَرْضِ إِمَّا احتياطاً وإِمَّا اجتهاداً، فَإِذَا جَهِلَ ذَلِكَ أَوْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ فَالصَّوْمُ لَا بُدَّ مِنْهُ، وَإِنَّمَا يَقَعُ الْكَلَامُ فِي أَمْرِهِ إِذَا اجْتَهَدَ فَصَامَ فَصَادَفَهُ قَبْلَ الْوَقْتِ وَقَدْ مَضَى الْوَقْتُ هَلْ تَلَزَّمُ الْإِعَادَةُ أَمْ لَا؟ فَأَمَّا سَقُوطُ ذَلِكَ عَنْهُ لِلْجَهْلِ بِالْوَقْتِ فَمَا قَالَ ذَلِكَ أَحَدٌ.

وَإِذَا لَمْ يَجْزِ سَقُوطُهُ لِلْجَهْلِ بِالْوَقْتِ مِنْ غَيْرِ الْإِتْيَانِ بِالْعَمَلِ فَإِذَا تَبَيَّنَ دُخُولُ الشَّهْرِ بَعْدَ أَنْ مَضَى مِنْهُ بَعْضُهُ كَانَ عَلَيْهِ قَضَاءُ مَا مَضَى.

وَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ يَتَبَيَّنْ حَتَّى خَرَجَ الشَّهْرُ كُلُّهُ لَوَجِبَ عَلَيْهِ قَضَاؤُهُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ فِي

شهر من شهر لحظ. والمشرقة هو خراج شهرته سنة في بكر عيه
 قدوة فكذلك بعض شهر: لأن كل يوم من شهر مغتير بغيره. وليس شهر
 صلاح نوحية. ونكر شهر كصورات خمس. وكل يوم من شهر صلاح
 وحياة من صورات خمس.

والمرة ذلك أن صوم كل يوم وثمة موقوف على خير. ومثل ذلك آخره نفسه
 وثمة وكذلك كل صلاح وثمة موقوف على خير. ومثل ذلك آخره نفسه وثمة.
 واليوم الأول من الصوم ليس بموقوف على يوم ثاني. ومثل ذلك اليوم الثاني لا
 يتسببه اليوم الأول. ثم إن لم تكن صلاة العصر نه يتسببه صلاة الظهر. ونو
 نفسه تركعة أربعة من صلاح نفسه صلاة كنه.

وإن من سنة في يوم قد مضى بعضه. ويبلغ في يوم قد مضى بعضه. وقد أصبح
 فيه غير صائمه = فإن ذلك يخرج على وجهين:

أحدهما: أن عيبه انقض: نحو في بعض الوقت. ونحو في بعض يوم
 نجيب كذا يتروك ذلك في صلاة. ألا ترى أن قوله ﷺ: لمن أترك ركعة من
 عصر فقد أتركها. فترمه جميع صلاة يومك ركعة منه، فكذلك نصبه
 يترمه صيام يوم يترك جزء من النهار.

والوجه الثاني: أن لا عدة عيبه في الصيام، وأن الصيام في ذلك غير متسبب
 نصلا: لأن صوم اليوم لا يتبع. وإذا أسقط عنه البعض نه يتروك الباقي، وم
 ترك منه فليس يمكنه البناء عليه. ولا معنى لما أترك منه: لأن ذلك لا يتروك بنفسه،
 فيترمه. ولا يمكنه البناء عليه فيتم، فسقط حكمه ما أترك، وإنما أترك الصلاة إذا

(١) في الأصل: (في أول الشهر). ثم ضرب على: (أول).

(٢) أخرجه البخاري (٥٧٩) ومسلم (٦٠٨) من حديث أبي هريرة بنحوه.

أَذْرَكَ بَعْضَهَا؛ لِأَنَّ الْبِنَاءَ عَلَى مَا أَذْرَكَ حَتَّى يَأْتِيَ بَاقِي^(١) الصَّلَاةِ مُمْكِنٌ، كَأَنَّهُ أَذْرَكَ
مِنَ الْوَقْتِ مَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَأْتِيَ فِيهِ بِمَا يُخْتَسَبُ لَهُ بِهِ بِأَنْ يُتِمَّ بَاقِيَهُ بَعْدَ خُرُوجِ الْوَقْتِ،
وَلَيْسَ الصِّيَامُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْبِنَاءُ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا الْجَاهِلُ بِالْوَقْتِ وَالْأَسِيرُ إِذَا لَمْ يَأْتِ بِمَا حَتَّى تَبَيَّنَ خُرُوجُ الْوَقْتِ = فَخَارِجٌ عَنْ
هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الْخَطَابِ، وَقَدْ لَزِمَهُمَا فَرَضُ لَا بُدَّ لَهُمَا مِنَ الْإِتْيَانِ
بِهِ يَقِينًا أَوْ اجْتِهَادًا فِي وَقْتِهِ، أَوْ قَضَاءً بَعْدَ خُرُوجِ الْوَقْتِ؛ لِأَنَّ فَرَضَ الْخِطَابِ قَدْ
سَبَقَ ذَلِكَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ الْمَزْنِيُّ حِكَايَةً مِنْ انْخِفَاضِ بَعْضِ الْبُلْدَانِ وَازْتِفَاعِ بَعْضِ وَأَمْرٍ
مَنَارَةِ الإسْكَندَرِيَّةِ = فَإِنَّهُ إِنْ قَبِلَ ذَلِكَ وَجَوَّزَ كَوْنَهُ فَقَدْ اعْتَرَفَ بِنَظِيرِ مَا أَنْكَرَهُ مِنْ
أَمْرِ عَرَفَةٍ؛ لِأَنَّ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي بَلَدٍ وَاحِدٍ وَلَا فِي بُلْدَانٍ مُخْتَلِفَةٍ، لِأَنَّ
اللَّيْلَ لَا تَلْحَقُ النَّهَارَ، وَالنَّهَارُ لَا يَلْحَقُ اللَّيْلَ، وَمَنْ خَالَفَ ذَلِكَ خَالَفَ الْقُرْآنَ،
وَاجْتَمَاعُهُمَا فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ مُحَالٌ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ ذَلِكَ بِأَنْ يَصِيرَ حَكْمُ النَّهَارِ فِي
بَعْضِ الْمَوَاضِعِ حَكْمَ اللَّيْلِ لِدَلَائِلِ اللَّيْلِ فِيهِ وَإِنْ كَانَتْ الشَّمْسُ فِي الْحَقِيقَةِ طَالِعَةً
تَبَيَّنَ مِنْ بَعْضِ الْمَوَاضِعِ طُلُوعُهَا، فَيَصِيرُ حَكْمُ النَّهَارِ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ حَكْمَ
اللَّيْلِ، لَا أَنَّ وَقْتًا وَاحِدًا مِنْ الزَّمَانِ يَكُونُ نَهَارًا وَلَيْلًا، وَهَذَا مُحَالٌ، فَإِذَا جَازَ أَنْ
يَكُونَ أَحَدُهُمَا حَقِيقَةً، وَهُوَ النَّهَارُ، وَالثَّانِي حَكْمًا بِدَلَائِلِ اللَّيْلِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ / لَيْلًا
(١٥/ ب) فِي الْحَقِيقَةِ، فَيَكُونُ حَكْمُهُ حَكْمَ اللَّيْلِ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ.

وَكَذَلِكَ الْكَعْبَةُ لَا تَصِيرُ فِي مَوْضِعَيْنِ، وَذَلِكَ مُحَالٌ، وَلَا يَجُوزُ فِي الْاجْتِهَادَيْنِ
إِذَا اخْتَلَفَا أَنْ يَكُونَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَقْبَلًا^(٢) لِلْكَعْبَةِ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ حَكْمُ

(١) كَذَا فِي الْأَصْلِ، وَلَعَلَّهُ: «بِاقِي».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «مُسْتَقْبَل».

الناحية باجتهاده حكمة الكعبة في باب الجواز، لا أنه استقبل الكعبة في الحقيقة.

وإذا جاز أن يستقبل غير الكعبة ويكون حكم ذلك حكم الكعبة باجتهاده، وكذلك يأكل في وقت ثم تغرب الشمس فيه فلا يكون مفطراً، ويكون حكمه حكمه الليل من أجل اجتهاد = جاز أيضاً أن يقف غير يوم عرفة اجتهاداً فيصير حكمه ذلك اليوم في الجواز حكم يوم عرفة حكماً، لا أن عرفة تنقل إلى ذلك اليوم، لا فرق بين شيء من ذلك؛ لأن عرفة في الحقيقة وقتها^(١) لا يتبدل، كما أن الكعبة لا تبدل، وكما أن النهار لا يصير ليلاً، وإنما يجوز أن يصير وقت آخر حكمه ذلك الوقت بدليل، فأما أن يصير عنه عين عرفة فذلك محال، كما استحال ذلك في الليل والنهار وفي الكعبة.

* وأما قوله: هل يجوز أن يقف قوم بعرفات وقوم ينحروا في وقت واحد لانخفاض موضع وارتفاع موضع = فذلك غير لازم.

ويقال له: هل يجوز أن يكون وقت واحد نهاراً في موضع يحرم عليهم الأكل، وفي موضع ذلك الوقت ليل يأكلوا فيه ويشربوا؟

فإن قال: هذا جائز حكماً، ولا يكون نهاراً في الحقيقة، وإنما يصير حكم بعض المواضع حكم الليل فيفطروا، [وهو في الحقيقة / نهار^(٢)] = قيل: كذلك عرفات، غير أن عرفات في موضع واحد، لا يمكن أن يقع الوقوف في مواضع مختلفة كما يمكن في الصوم، فإذا أدى اجتهاد قوم على أنه يوم عرفة صار حكمه حكم عرفة، وإذا أدى اجتهاد آخرين إلى أنه يوم النحر كان حكمه حكم يوم النحر؛ لقوله ﷺ:

(١) كتب في الأصل فوق السطر: «وقته».

(٢) في الأصل: «وفي الحقيقة هو نهار». ثم ضرب على: «هو» وكتب تحت قوله: «وفي»: «هو» ليصير: «وهو في الحقيقة نهار».

«فِطْرُكُمْ يَوْمَ تُلْطِفُونَ، وَأَضْحَاكُمْ يَوْمَ تُمْضَحُونَ». وفي الحقيقة ذلك اليوم إمّا عرفة
وإمّا نحرّ في الحقيقة،

وليس الجمع بين شيئين إذا جمع بينهما بأن يصير الاستدلال عليهما واحداً،
ولكن يُستدلّ على كلّ واحد منهما بما يُمكن الاستدلال عليه، أترأه حيثُ أجاز
الاجتهاد في القبلة فوجه الاجتهاد كالاجتهاد في الصيام، أو كوجه الاجتهاد في
عرفة، أو لكلّ واحدٍ من ذلك وجهٌ يُخالف الآخر؟ وإذا كان ذلك كذلك فأيش
وجه ذكره الارتفاع والانخفاض في أمر عرفة وليس ذلك وجه الاجتهاد فيه؟

والاجتهاد في جميع ذلك يُؤدّي إلى معنى واحد وهو المطلوب الذي قرّض الله
طلبه، فربّما صادفه بأن يوفّقه الله له، وربّما أخطأه فيكون معذوراً في خطائه غير
مؤاخذ به، وربّما سُمح له في الاختساب له بفرضه مع خطائه، وربّما غلّظ عليه
فلم يُحتسب له بفرضه، على حسب دلائل الأصول، فأما ضرب الأصول بعضها
ببعض وترك استعمال الدلائل أن تُوضع مواضعها فذلك إعنات، والله أعلم.



قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: ولو أفسد العبدُ حَجَّه قبل عرفة مَضَى في حَجَّه، فإن عَتَقَ حَجَّ قَابِلًا^(١)، وأجزأه من حِجَّةِ الإسلام. وكذلك الصَّبِيُّ المراهقُ يَطَأُ / قَبْلَ عرفة (١٦/ ب) ثُمَّ يَخْتَلِمُ^(٢).

قال المزني: لو قال قائلٌ: أنَّهما لا يستويان من قِبَلِ أَنَّ العبدَ البالغَ مُكَلَّفٌ مفروضٌ عليه الفرائضُ والقَلَمُ جارٍ عليه، والغلامُ غيرُ مفروضٍ عليه الفرائضُ والقَلَمُ غيرُ جارٍ عليه، فيكونُ العبدُ قد فُرِضَ عليه لدخوله فيه ثُمَّ أفسده، ولم يُفَرَضْ على الصَّبِيِّ فرضٌ بدخوله فيه، فلذلك اختلفا، ألا تَرَى أَنَّ العبدَ إذا أُحْرِمَ بإذنِ سَيِّدِهِ أَنَّهُ مُحَرَّمٌ^(٣) عليه ما حَرَّمَ على الحُرِّ في الإحرام، وَأَنَّهُ مَأْثُومٌ كَأَثَمِ الحُرِّ، وَأَنَّ الصَّبِيَّ ليس بمَأْثُومٍ بسُقُوطِ التكليفِ عنه ووجوبِ التكليفِ على العبدِ البالغِ. فإن قيل: فالعبدُ ليس عليه فرضٌ والصبيُّ كذلك؟ قيل: ليس في نَفْيِ الفرضين اشتباهٌ فيما يجب عليهما من العَمَلَيْنِ؛ لأنَّ الصَّبِيَّ في كُلِّ صلاةٍ وصومٍ وشرائعِ الأعمالِ إذا أفسدها لم يكن مأْثُومًا وعليه القضاء، فالعبدُ في التكليفِ كالْحُرِّ إِلَّا فيما وُضِعَ عنه حَتَّى يُؤْذَنَ له فيه، وقد نَجِدُ الحُرَّ إذا قَضَى فريضةَ الحجِّ لا فرضَ عليه، فكذلك العبدُ، فإذا تطَوَّعَ الحُرُّ بحجٍّ ليس عليه لَزِمَهُ ذلك، فكذلك إذا دَخَلَ العبدُ في حجٍّ لَيْسَ عليه لَزِمَهُ ذلك، فكانا جميعًا في تحريمِ ما مُنِعَا في الإحرامِ سواءً، ما خَلا الأموالَ، فَإِنَّهُ لَا مَالَ للعبدِ، وللْحُرِّ مَالٌ.

(١) في الأصل: «قابل»، ويحتمل أن يكون: «فعليه حج قابل». أو: «حج في قابل».

(٢) انظر «الأم» للشافعي (١١٢/٢) و«المختصر» للمزني (الفقرة: ٩٤٣).

(٣) في الأصل: «محرمًا»، ثم ضرب على الألف ليصير: «محرم».

إِنَّ قَوْلَ أَبِي إِبْرَاهِيمَ هَذَا يُؤَدِّي إِلَى أَنْ لَا يَكُونُ لِلصَّبِيِّ عَمَلٌ، لَا حَجَّ، وَلَا صَلَاةً، وَلَا صِيَامًا، وَذَلِكَ مُخَالَفٌ لِلسُّنَّةِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ جَعَلَ لَهُ صَلَاةً وَحَجًّا، وَقَدْ أَمَرَ وَالِدَيْهِ بِضَرْبِهِ عَلَى الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ إِذَا بَلَغَ سَبْعَ سِنِينَ^(١). أَتَرَاهُ يُضْرَبُ عَلَى مَا لَا يَخْصُلُ لَهُ؟ وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ لِلصَّبِيِّ حَجًّا وَصَلَاةً وَصِيَامًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فَرَضًا عَلَيْهِ، وَأَنَّ ذَلِكَ عَلَى مَا أَجَابَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَتَكُونُ عَلَامَةً وَجُوبٍ / الْقَضَاءِ اللَّزُومُ، لَا وَقُوعُ الْمَعْصِيَةِ، فَإِذَا صَارَ لِلصَّبِيِّ حَجٌّ^(٢) فَقَدْ صَارَ مِثْلَ الْبَالِغِ فِي أَنْ لَيْسَ لَهُ الْخُرُوجُ مِنَ الْحَجِّ حَتَّى يَأْتِيَ بِعَمَلِهِ، وَقَدْ لَزِمَهُ عِنْدَ الْمُزْنِيِّ كَمَا لَزِمَ الْعَبْدَ وَالْحُرَّ وَإِنْ فَارَقَهُمَا فِي مَعْصِيَةٍ، وَعَلَامَةٌ وَجُوبِ الْقَضَاءِ اللَّزُومِ، لَا وَقُوعُ الْمَعْصِيَةِ وَلَا الْمَأْتَمُّ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ لَزِمَهُ فَرَضُ الصِّيَامِ فَقَدْ يُفْطِرُ مِنْ حَيْثُ يَكُونُ عَاصِيًا، وَيُفْطِرُ مِنْ حَيْثُ لَا يَكُونُ عَاصِيًا، وَقَدْ يَصِيرُ مُفْطِرًا بِاخْتِيَارِهِ، وَيَصِيرُ مُفْطِرًا بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ الْقَضَاءُ، وَلَا يُوجِبُ اخْتِلَافُهُمْ فِي الْمَعْصِيَةِ وَفِي الْمَأْتَمِّ اخْتِلَافًا فِي وَجُوبِ الْقَضَاءِ؛ لِاتِّفَاقِهِمْ فِي لُزُومِ ذَلِكَ لَهُمْ وَوُجُوبِهِ عَلَيْهِمْ، وَكَذَلِكَ أَمْرُ الصَّلَاةِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْفَرَائِضِ.

وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ وَوَجَدْنَا الْمُؤَخَّرَ لِلصَّلَاةِ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ عَامِدًا وَالْمُؤَخَّرَ

(١) أَمَّا إِثْبَاتُ الْحَجِّ لِلصَّبِيِّ فَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (١٣٣٦) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: «رَفَعَتْ امْرَأَةٌ صَبِيًّا لَهَا فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلْهَذَا حَجٌّ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَلَكِ أَجْرٌ».

وَأَمَّا الصَّلَاةُ فَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٤٩٥) مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مُرُّوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ». وَالصُّومُ قِيَاسٌ عَلَى الصَّلَاةِ.

(٢) فِي الْأَصْلِ: «حَجًّا»، ثُمَّ حُوِّلَ إِلَى: «حَجٌّ».

لها عن غير قَصْدٍ سَاهِيًا والمَفْطَرِ في السفرِ بِعُذْرٍ والمَفْطَرِ عامدًا مِنْ غيرِ عُذْرٍ في جميع ذلك القضاء، والعاصي والمَعْدُورُ والمَخْتَارُ وغيرُ المَخْتَارِ بمنزلةٍ واحدةٍ في وجوبِ القضاء = كان في ذلك إبطالُ ما تَعَلَّقَ به المِزْنُ رَحْمَةُ اللَّهِ في الفرقِ بين المراهقِ وبين العبدِ مِنْ جِهَةِ المعصية.

وَيُقَالُ لَهُ: يَلْزَمُكَ عَلَى أَصْلِكَ الَّذِي تَثَبُّتَ عَلَيْهِ أَنْ تَقُولَ فِي الْعَبْدِ إِذَا دَخَلَ فِي الْحَجِّ: لَزِمَهُ الْمَقَامُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مِمَّنْ تَلْزَمُهُ الْفَرَائِضُ. وَأَنْ تَقُولَ فِي الصَّبِيِّ الْمَرَاهِقِ: لَا يَلْزَمُهُ الْمَقَامُ عَلَى الْحَجِّ؛ لِأَنَّهُ مِمَّنْ لَا تَلْزَمُهُ الْفَرَائِضُ، وَلَا يَأْتُمُّ بِالْتَرِكِ.

فَإِنْ قُلْتَ: يَخْرُجُ مِنْ إِحْرَامِهِ بِاخْتِيَارِهِ وَلَا يَلْزَمُهُ الْمَقَامُ = فَهَذَا مِمَّا لَا يَقُولُهُ أَحَدٌ مِمَّنْ يَجْعَلُ لِلصَّبِيِّ عَمَلًا.

وَإِنْ قُلْتَ: يَلْزَمُهُ الْمَقَامُ عَلَيْهِ كَمَا يَلْزَمُ الْعَبْدَ وَكَمَا يَلْزَمُ الْحُرَّ لَاخْتِيَارِهِ الدُّخُولَ فِي الْإِحْرَامِ = قِيلَ: فَإِنَّ فَرْقَكَ بَيْنَهُمَا بِالْمَعْصِيَةِ، / وَقَدْ صَارَ الْمَرَاهِقُ الَّذِي لَا (١٧/ ب) يَكُونُ عَاصِيًا قَدْ يَلْزَمُهُ فَعْلُ شَيْءٍ بِاخْتِيَارِهِ كَمَا يَلْزَمُ غَيْرَهُ مِنَ الْأَحْرَارِ وَالْعَبِيدِ، وَإِذَا اسْتَوَوْا فِي اللَّزُومِ اسْتَوَوْا فِي وَجوبِ الْقَضَاءِ إِذَا أَفْسَدُوا، وَلَوْ كَانَ كَمَا قُلْتَهُ لَمَا لَزِمَ غَيْرَ بِالْغِ فَرَضٌ^(١)، وَإِنْ أَلْزَمَ يَفْسُدُ بِدُخُولِهِ فِيهِ.

وَقَوْلُنَا: إِنَّ غَيْرَ الْبَالِغِ لَا تَلْزَمُهُ الْفَرَائِضُ عَلَى ضَرْبٍ مِنَ الْخُصُوصِ، وَإِنَّمَا يُرَادُ بِهِ فِي الْأَكْثَرِ مِنَ الْفَرَائِضِ، وَإِلَّا فَقَدْ يَلْزَمُهُ بَعْضُ الْفَرَائِضِ كَمَا يَلْزَمُ الْأَحْرَارَ فِي بَدَنِهِ وَمَالِهِ.

فَأَمَّا فِي مَالِهِ: فَمِثْلُ الزَّكَاةِ زَكَاةِ الْفِطْرِ وَنَفَقَةِ الْوَالِدَيْنِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَلْزَمُهُ فِي مَالِهِ، مِثْلُ جُنَايَاتِهِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَاصِيٍ فِي ذَلِكَ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «فَرَضًا»، ثُمَّ ضَرَبَ عَلَى الْأَلْفِ لِيَصِيرَ: «فَرَضٌ».

وَأَمَّا عَلَى بَدَنِهِ: فَمِثْلُ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ فِي الْمَطْلَقَاتِ: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ﴾ [الطلاق: ٤]، فَقَدْ جَعَلَ عَلَى مَنْ لَمْ تَحِضْ الْعِدَّةُ، وَهِيَ غَيْرُ بَالِغٍ، وَالْعِدَّةُ فَرَضٌ عَلَى الْبَدَنِ. وَقَدْ قَالَ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وَقَدْ يَمُوتُ عَنْهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ، فَيَلْزِمُهَا مِنَ الْفَرْضِ مِثْلُ مَا يَلْزِمُ الْبَالِغَ.

فَإِذَا جَازَ أَنْ يَلْزَمَ غَيْرَ الْبَالِغِ فَرَضًا^(١) عَلَى بَدَنِهِ وَفِي مَالِهِ وَيَلْزَمُهُ عِنْدَكَ الْمَقَامُ عَلَى إِحْرَامِهِ إِذَا اخْتَارَ الدَّخُولَ فِي الْحَجِّ أَوِ الْعِمْرَةَ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْمَعْصِيَةِ = جَازَ أَنْ يَلْزَمَهُ الْقَضَاءُ إِذَا أَفْسَدَ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ لِلْمَرَاهِقِ حَجًّا، وَالْحَاجُّ إِذَا جَامَعَ أَفْسَدَ، وَمَنْ أَفْسَدَ الْحَجَّ لَزِمَهُ الْقَضَاءُ.

فَإِنْ جَازَ لِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ أَنْ لَا يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ لِصِغَرِهِ جَازَ أَنْ لَا يَلْزَمَهُ الْمَقَامُ عَلَى الْحَجِّ، وَلَا يَلْزَمُهُ حَكْمُ الْفَسَادِ، وَتَكُونُ هَذِهِ الْحِجَّةُ الَّتِي وَطِئَ فِيهَا إِذَا أُدْرِكَ بِعَرَفَةَ تُجْزِيهِ عَنْ حِجَّةِ الْإِسْلَامِ، / وَإِذَا لَمْ يَجْزُ ذَلِكَ صَحَّ أَنْ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ، وَأَنَّ قَضَاءَهُ^(٢) يُجْزِي عَنْ حِجَّةِ الْإِسْلَامِ كَمَا يُجْزِي فِي الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْحِجَّةَ لَوْلَا الْفَسَادُ الَّذِي دَخَلَ لَكَانَتْ تُجْزِي عَنْ حِجَّةِ الْإِسْلَامِ وَإِنْ كَانَ الْإِحْرَامُ قَدْ سَبَقَ الْبُلُوغَ وَالْعِتْقَ، وَفِي إِجَازَتِهِ عَنْ حِجَّةِ الْإِسْلَامِ لَوْلَا الْإِفْسَادُ مَا يُوجِبُ أَنَّهُ أَفْسَدَ حِجَّةَ الْإِسْلَامِ، وَمَنْ أَفْسَدَ حِجَّةَ الْإِسْلَامِ فَعَلِيهِ قَضَاؤُهَا.

وَقَدْ يُمَكِّنُ عَلَى بَعْضِ أَصُولِ الشَّافِعِيِّ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ جَمَاعَ الْمَرَاهِقِ لَا يُفْسِدُ الْحَجَّ كَجَمَاعِ النَّاسِيِّ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «فَرَضًا»، ثُمَّ ضَرَبَ عَلَى الْأَلْفِ لِيَصِيرَ: «فَرَضٌ».

(٢) رِسْمُ الْأَصْلِ: «قَضَاؤُهُ».

أَلَا تَرَى أَنَّ الشَّافِعِيَّ جَعَلَ حَجَّ مَنْ جَامَعَ نَاسِيًا غَيْرَ فَاسِدٍ^(١)، وَكَذَلِكَ فِي الصِّيَامِ إِذَا أَكَلَ نَاسِيًا^(٢)، أَوْ تَكَلَّمَ فِي الصَّلَاةِ سَاهِيًا^(٣)، فَجَعَلَ ذَلِكَ غَيْرَ مُفْسِدٍ؛ لَوْ قَوَّعَ النِّسْيَانِ وَالْخَطَا.

وَقَدْ قَالَ فِي جَنَائَةِ الصَّبِيِّ عَمْدًا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: إِنَّ ذَلِكَ عَلَى عَاقِلَتِهِ كَالْخَاطِئِ. وَالثَّانِي: إِنَّ ذَلِكَ فِي مَالِهِ مُغْلَظٌ كَمَا يَلْزَمُ الْعَامِدَ^(٤).

فَقَدْ يُمَكِّنُ عَلَى هَذَا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ حَجَّه لَا يَفْسُدُ.

وَكَذَلِكَ لَا يَلْزَمُهُ فِي لِبَاسِهِ وَطِيبِهِ هَذِي؛ لِأَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ سَاقِطٌ عَنِ النَّاسِي، وَيَلْزَمُهُ فِي اخْتِذِ شَعْرِهِ وَظَفَرِهِ وَقَتْلِ الصَّيْدِ؛ لِأَنَّ الْعَامِدَ وَالنَّاسِي فِي ذَلِكَ وَاحِدٌ، فَكَذَلِكَ الصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ. وَكَذَلِكَ الْمَحْرُمُ إِذَا جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ فَوَطِئَ فِي حَالِ إِغْمَائِهِ لَا يَفْسُدُ حَجُّهُ.

وَإِنَّ أَمْرَ الْمَنَاسِكِ وَمَا يَجِبُ فِيهَا الْجَزَاءُ عَلَى ضَرِيئِنِ:

يَسْتَوِي فِيهِ الْعَامِدُ وَالنَّاسِي فِي وُجُوبِ الْكَفَّارَةِ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي الْمَعْصِيَةِ، وَذَلِكَ مِثْلُ قَتْلِ الصَّيْدِ وَاخْتِذِ الشَّعْرِ، فَالْبَالِغُ وَغَيْرُ الْبَالِغِ فِي ذَلِكَ وَاحِدٌ. وَضَرْبُ يَجِبُ فِيهِ الْكَفَّارَةُ إِذَا تَعَمَّدَ، وَأَمَّا إِذَا فَعَلَهُ نَاسِيًا لَمْ تَلْزَمْهُ كَفَّارَةٌ، وَذَلِكَ مِثْلُ الطَّيْبِ وَاللِّبَاسِ.

وَقَدْ خَرَجَ الشَّافِعِيُّ أَمْرَ الْوُطِيِّ عَلَى قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: إِنَّ الْوُطِيَّ لَيْسَ بِإِتْلَافٍ،

فَإِذَا فَعَلَهُ / نَاسِيًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَهُوَ عَلَى حَجَّهِ. وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ الْحَجَّ يَفْسُدُ (١٨ / ب)

(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٩٣٠).

(٢) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٧٥٢).

(٣) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٢٣٢).

(٤) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٣٠٧٠).

بالوطني عامدا كان أو ناسيا؛ لتغليظ أمر الجماع على سائر الأشياء.

فإذا قيل ذلك خَرَجَ أمرُ الصبي في الجماع على قولين: أحدهما: أن العامد والناسي بمنزلة في فساد الحج ووجوب القضاء. والثاني: أن الحج لا يفسد إلا بالعمد، فإذا وطئ ناسيا أقام على إحرامه ويجزئه عن حجة الإسلام.

فأما أن يفسد كما قال المزني ويكون هو والبالغ في ذلك واحداً^(١) ولا يكون عليه القضاء فلا وجه لذلك؛ لأنه إن لم يلزمه القضاء لأنه غير مخاطب لم يلزمه المقام على إحرامه ولا إفساد حجه من أجل وطئه لأنه غير مخاطب.

وقد قيل: إن أمر الجماع في الحج مخالفٌ لأمر العاقلة في تحمُّل الدية، وأن لا يكون في المراهق إذا جامع في الحج إلا وجهٌ واحدٌ وهو إفسادُ الحج، وأنه لو جاز ذلك في الحج لجاز في الصلاة أن يقال: إذا تكلم عامدا لم تفسد صلاته ويكون مثل الناسي، وإذا أكل في صيامه عامدا لم يفسد صيامه، وفي اتفاقهم على أن عمده عمدٌ في إفساد صلاته وصيامه كالبالغ وإن كان غير عاصي دليلٌ على أنه إذا جامع عامدا فسد حجه كالمتعمد البالغ، وهذا هو الصحيح من القولين.

وكذلك في الدية الصحيح من القولين أن يكون عمده عمداً، وأن تكون الدية في ماله لا على عاقلته، والله أعلم.



(١) في الأصل: «واحد».

قال المزني: سألتني سائل فقال: ما تقول فيمن وطئ في الحج فأفسد؟ فأجبته على معنى الشافعي رَحِمَهُ اللهُ^(١): إِنَّ حَجَّهَ فَاسِدٌ، وَعَلَيْهِ الْهَدْيُ، وَحَجٌّ مِنْ قَابِلٍ مَكَانَ مَا أَفْسَدَ.

(١٩ / أ)

فقال: ما تقول إن وطئ ثانياً هل عليه دمٌ / آخر؟

قلت: لا.

قال: لِمَ لَا كَانَ عَلَيْهِ دَمٌ كَالأَوَّلِ^(٢) وَهُوَ مَأْمُورٌ بِتَمَامِ مَا عَلَيْهِ مِنَ الْحَجِّ بِإِحْرَامٍ، مَمْنُوعٌ مِنْ لِبَاسِ الْمَخِيطِ وَحَلْقِ الشَّعْرِ وَتَقْلِيمِ الْأَظْفَارِ وَالطَّيْبِ وَقَتْلِ الصَّيْدِ، فَلَمَّا كَانَ عَلَيْهِ عَمَلُ الْحَجِّ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا لَمْ لَا قُلْتُ: عَلَيْهِ مِثْلُ مَا كَانَ وَجِبَ عَلَيْهِ فِي وَطْئِهِ الْمَفْسِدِ بِهِ حَجَّهَ وَإِنْ كَانَ حَجَّهَ فَاسِدًا؟

قلت: إِنِّي لَمْ أَقُلْ: هَذَا الدَّمُ الَّذِي أَوْجِبْتُهُ مَعَ إِعَادَةِ الْحَجِّ لِأَنَّهُ وَطِئَ مُحَرَّمٌ، إِنَّمَا زَعَمْتُهُ لِأَنَّهُ بِالْوَطْئِ مَفْسِدٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ لَفَسَدَ حَجُّهُ بِاللِّبَاسِ الْمُحَرَّمِ وَالْحَلْقِ الْمُحَرَّمِ وَتَقْلِيمِ الظُّفْرِ وَالطَّيْبِ وَقَتْلِ الصَّيْدِ، فَلَمَّا كَانَتْ كُلُّهَا مُحَرَّمَةً مَعَ الْجَمَاعِ فَأَفْسَدَ الْجَمَاعُ الْحَجَّ دُونَ مَا سِوَاهَا كَانَ حَكْمُ الْجَمَاعِ مَا وَصَفْنَا لِأَنَّهُ مَفْسِدٌ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْمُحَرَّمَاتُ عَلَيْهِ سِوَى الْجَمَاعِ عَلَيْهِ فِيهَا الدَّمُ وَلَا يُفْسَدُ شَيْءٌ مِنْهَا الْحَجُّ، فَلَمَّا أَفْسَدَ بِالْجَمَاعِ الْحَجَّ كَانَ لِعِلَّةِ إِفْسَادِهِ بِالْجَمَاعِ عَلَيْهِ مَا وَصَفْنَا وَحَجٌّ مِنْ قَابِلٍ، لَا خِلَافَ فِي جَمْعِ الْهَدْيِ وَالْحَجِّ كِلَاهُمَا مُوَجِبُهُ فَسَادُ الْحَجِّ بِالْجَمَاعِ، وَهَذَا إِجْمَاعٌ، فَلَمَّا كَانَ وَطْئُهُ بَعْدَ الْفَسَادِ لَا يُوجِبُ عَلَيْهِ

(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٩٣٠).

(٢) في الأصل: «مثل الأول»، ثم حول إلى: «كالأول».

حَجًّا ثَانِيًا كَمَا أَوْجِبَ عَلَيْهِ الْفَسَادُ حَجًّا ثَانِيًا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَيْضًا الدَّمُ، إِذِ الْعِلَّةُ فِيمَا
وَجِبَ بِالْجَمَاعِ فُسَادُ الْحَجِّ، وَالْفَاسِدُ لَا يَفْسُدُ، وَلَا يَدْخُلُ عَلَى الْفَاسِدِ الْفَسَادُ،
وَأِنَّمَا يَدْخُلُ عَلَى الصَّحِيحِ الْفَسَادُ فَيَفْسُدُ، وَإِنَّمَا عُقِدَ فَرَضُ الْحَجِّ بِهِ ثُمَّ يَمْتَنِعُ
مِنَ الْجَمَاعِ فِيهِ إِلَى غَايَةٍ، فَإِنْ جَامَعَ قَبْلَ تِلْكَ الْغَايَةِ فَسَدَ مَا تَقَدَّمَ مِنْ عُقْدِ حَجِّهِ،
كَمَا يُقَالُ لَهُ: أُحْرِمَ بِالظَّهْرِ ثُمَّ امْتَنَعَ مِنَ الْكَلَامِ إِلَى غَايَةٍ، وَهُوَ السَّلَامُ عِنْدَنَا، فَإِنْ
أَحْدَثَ كَلَامًا قَبْلَ تِلْكَ الْغَايَةِ فَسَدَ مَا عُقِدَ مِنَ الظَّهْرِ كَمَا فَسَدَ مَا عُقِدَ مِنَ الْحَجِّ،
فَلَا فُسَادَ فِي حَجٍّ وَاحِدٍ مَرَّتَيْنِ، / كَمَا لَا فُسَادَ فِي صَلَاةٍ وَاحِدَةٍ مَرَّتَيْنِ، وَلَا فُسَادَ
فِي صَوْمٍ يَوْمٍ وَاحِدٍ مَرَّتَيْنِ، فَلَا مَعْنَى لِفُسَادِ ثَانِيٍّ فِي الْحَجِّ كَمَا وَصَفْنَا، فَلِذَلِكَ لَمْ
يَكُنْ عَلَيْهِ بِالْجَمَاعِ هَدْيٌ ثَانِيٌّ وَحَجٌّ ثَانِيٌّ، وَلَمَّا أَجْمَعْنَا أَنَّ اللَّهَ جَلَّ وَعَزَّ جَمَعَ
عَلَيْهِ الْهَدْيَ وَحَجًّا مُسْتَقْبَلًا بِالْفُسَادِ كَانَ جَمْعُهُمَا أَصْلًا^(١)، فَلَمَّا أَجْمَعْنَا أَنَّهُ بَعْدَ
الْفُسَادِ إِذَا جَامَعَ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ حَجٌّ ثَانِيٌّ^(٢) كَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَيْسَ عَلَيْهِ هَدْيٌ ثَانِيٌّ^(٣)،
أَجْدُهُمَا مَقْرُونَيْنِ^(٤) فِي الْأَوَّلِ يَجِبُ أَحَدُهُمَا مِنْ حَيْثُ يَجِبُ الْآخَرُ، فَلَمَّا سَقَطَ
حَجٌّ ثَانِيٌّ بِجَمَاعِ ثَانِيٍّ سَقَطَ نَظِيرُهُ إِلَّا هَدْيَ ثَانِيٍّ كَمَا لَا حَجَّ ثَانِيٍّ.

فَقَالَ: هُوَ مُحَرَّمُ اللَّبَاسِ وَالطَّيْبِ وَجَزَّ الشَّعْرَ وَتَقْلِيمِ الظُّفْرِ وَقَتْلِ الصَّيْدِ عَلَيْهِ
وَإِنْ فَسَدَ الْحَجُّ، فَكَذَلِكَ فَاجْعَلْ عَلَيْهِ دَمًا ثَانِيًا بِجَمَاعِ ثَانِيٍّ.

قُلْتُ: لَمْ نُجْمِعْ أَنَّ هَذَا الْهَدْيَ لِلْمَحْرَمِ، وَلَوْ كَانَ لِلْمَحْرَمِ لَوَجَبَ^(٥) بِكُلِّ مُحَرَّمٍ
مِنْهَا حَجٌّ ثَانِيٌّ، فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ فِي وَجُودِ شَيْءٍ مِنْهَا حَجٌّ ثَانِيٌّ^(٦) بِمَعْنَاهَا الْمَقْدَمُ، وَلَمَّا
فَسَدَ الْحَجُّ وَوَجِبَ عَلَيْهِ حَجًّا ثَانِيًا^(٧) مَقْرُونًا بِهِدْيٍ ثُمَّ عَادَ إِلَى الْجَمَاعِ لَمْ يَعُدْ عَلَيْهِ

(١) فِي الْأَصْلِ: «أَصْل».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «هَدْيَا ثَانِيًا».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «كَانَتْ»، وَكُتِبَ فَوْقَهَا: «لَوْجِبَ».

(٤) فِي الْأَصْلِ: «كَانَتْ»، وَكُتِبَ فَوْقَهَا: «لَوْجِبَ».

(٥) فِي الْأَصْلِ: «كَانَتْ»، وَكُتِبَ فَوْقَهَا: «لَوْجِبَ».

(٦) فِي الْأَصْلِ: «كَانَتْ»، وَكُتِبَ فَوْقَهَا: «لَوْجِبَ».

(٧) فِي الْأَصْلِ: «كَانَتْ»، وَكُتِبَ فَوْقَهَا: «لَوْجِبَ».

حجّ ثاني^(١)، فكذلك لا يعودُ عليه هَديّ ثاني^(٢)، وأجمعنا أنَّ الجماعَ المفسِدَ موجبٌ لهديّ وحجّ ثاني معاً، فإذا وطئ بعد ذلك أجمعنا على إسقاطِ حجّ ثاني واختلفنا في هديّ ثاني، فقسنا ما اختلفنا فيه من إسقاطِ هديّ ثاني على ما أجمعنا عليه من إسقاطِ حجّ ثاني، وقد أجمعنا أنَّ الوطئَ المفسِدَ موجبٌ لهديّ وحجّ ثاني، فلمّا وطئ بعد ذلك اختلفنا في العلة، فقلت أنت: العلةُ وطئٌ محرّمٌ، وقلتُ أنا: وطئٌ مفسِدٌ للحجّ، فإذا اختلفنا في الحجّة لم يثبت لك أصلٌ تقيسُ عليه، وفي قياسي أنَّ الشيّئين إذا جُمِعَا في موضعٍ فأجمعنا / أن أحدهما ثابتٌ بحاله لزم في القياس أن يكون نظيره المجموعُ معه ثابتاً بحاله، وإذا أجمعنا أن أحدهما ساقطٌ مخالفٌ لِمَا كان عليه فكذلك نظيره ساقطٌ مثله، إذ هو نظيره، فكذلك في القياس كُلُّ واحدٍ منهما نظيرٌ صاحبه حيث سَقَطَا، وبالله التوفيق.



قال أبو إسحاق:

❖ ❖ ❖ الجواب ❖ ❖ ❖

إن أبا إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ ذكر أنه أجاب في هذه المسألة على مذهب الشافعي، ومذهب الشافعي عندنا على خلاف ما ذهب إليه المزنيُّ من إسقاطِ الهديّ في الوطئِ الثاني، بل الهديُّ في الوطئِ الثاني واجبٌ، غير أنَّه لا يجب فيه بدنةٌ، وإنّما يجب عليه ما استيسرَ من الهديّ؛ لأنَّ الواطئَ المفسِدَ لحجّه إنّما غلظنا عليه الهديّ لأنَّ الجماعَ أغلظَ المحرّمات في الحجّ، ولذلك أفسده دون سائر المحرّمات، فجُعِلَ عليه في الجماعِ أغلظُ الكفّارات في الحجّ، وأغلظُها بدنةٌ، فإذا وجب عليه البدنة ثُمَّ وطئ ثانياً لم يكن الوطئُ الثاني مغلظاً؛ لأنَّ فسادَ الحجّ قد تقدّم، وإنّما

(٢) في الأصل: «هديا ثانياً».

(١) في الأصل: «حجا ثانياً».

صَدَفَ وَضَعَهُ الثَّانِي مُحَرَّمًا، وَنَمَّ يُصَادَفُ إِفْسَادًا، وَمَا كَانَ مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ فِي الْحَجِّ
غَيْرَ مُفْسِدٍ لَهُ فَكَفَّارَتُهُ غَيْرُ مَغْلُظَةٍ، وَمَا صَادَفَ مَعَ التَّحْرِيمِ الْإِفْسَادَ صَارَ مَغْلُظًا
مُغْنِظَ الْكُفَّارَةِ، وَأَغْلَظَ الْكُفَّارَاتِ بَدَنَةً، وَأَخْفَهَا شَأَةً.

وَمَعَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي اللَّابِسِ وَالْمَتَطِيبِ إِذَا لَبَسَ ثُمَّ لَبَسَ فِي
أَوَقَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ بِالْكَفَّارَةِ: إِنَّ عَلَيْهِ لِكُلِّ مَرَّةٍ كَفَّارَةً. وَقَدْ قَالَ: إِنَّ عَلَيْهِ فِي
الْجَمِيعِ كَفَّارَةً وَاحِدَةً إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ كُلُّ ذَلِكَ لِبَاسًا
أَوْ كُلُّ ذَلِكَ طَيِّبًا، وَجَعَلَهُ كَالْحُدُودِ الَّتِي جُعِلَتْ كَفَّارَاتُ، فَلَوْ زَنَا ثُمَّ زَنَا أَوْ سَرَقَ
ثُمَّ سَرَقَ قَبْلَ أَنْ يَقَامَ الْحَدَّ عَلَيْهِ لَكَانَ / عَلَيْهِ حَدٌّ وَاحِدٌ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَبَسَ ثُمَّ لَبَسَ (ب ١٠٠)
فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ.

وَقَدْ قَالَ: إِنَّهُ إِذَا لَبَسَ مِنْ مَرَضٍ اضْطَرَّ فِيهِ إِلَى اللَّبَاسِ فَلَبَسَ ثُمَّ لَبَسَ فِي مَرَضِهِ
إِنَّ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ كَفَّارَةً وَاحِدَةً. وَإِنَّمَا تُكْرَرُ الْكَفَّارَاتُ عَلَيْهِ إِذَا لَبَسَ لَغَيْرِ
ضَرُورَةٍ وَلَا مَرَضٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ ثُمَّ سَبَبٌ يَجْمَعُ جَمِيعَ ذَلِكَ، فَأَمَّا إِذَا جَمَعَتْهُ الرِّخَصَةُ
مِنْ أَجْلِ مَرَضٍ أَوْ شِدَّةٍ بَرْدٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ فَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ إِذَا كَانَتْ
الْأَفْعَالُ مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَنَظِيرُ ذَلِكَ لَوْ اغْتَصَبَ رَجُلٌ امْرَأَةً عَلَى نَفْسِهَا فَوَطَّئَهَا لَكَانَ لَهَا الْمَهْرُ، وَلَوْ
اغْتَصَبَهَا ثَانِيًا قَبْلَ أَدَاءِ الْمَهْرِ أَوْ بَعْدَهُ لَكَانَ لَهَا مَهْرٌ ثَانِيٌّ^(١)، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ ذَلِكَ أَنْ
عَقَدَ عَلَيْهَا نِكَاحًا فَأَقَامَ مَعَهَا زَمَانًا يَطَّأُهَا فِيهِ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ فَاسِدٌ لَكَانَ عَلَيْهِ مَهْرٌ
وَاحِدٌ^(٢)؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ جَمَعَ ذَلِكَ كُلَّهُ، فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ^(٣)، وَالْمَغْتَصَبَةُ
فَلَيْسَ ثُمَّ سَبَبٌ يَجْمَعُ ذَلِكَ، فَفِي كُلِّ مَرَّةٍ مِنْ ذَلِكَ مَهْرٌ جَدِيدٌ^(٤).

(١) فِي الْأَصْلِ: «مَهْرَانِثَانِيَا».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «مَهْرًا وَاحِدًا».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «مَهْرًا وَاحِدًا».

(٤) فِي الْأَصْلِ: «مَهْرًا جَدِيدًا».

وكذلك اللباس والطيب عليه لكل مرة كفارة على أحد قوليه. وعلى القول الثاني: هو^(١) مثل الحدود، وعليه كفارة واحدة ما لم يكفر، كما يكون حد واحد^(٢) ما لم يقام عليه الحد.

فإذا قيل في اللباس: إن في كل مرة كفارة = فالوطي بذلك أولى.

وإذا قيل في اللباس: إن في ذلك كفارة واحدة ما لم يكفر وفُرق بينه وبين الأشياء المتلفة مثل الصيد وما كان في معناه = فإن أمر الوطي حينئذ يخرج على قولين:

أحدهما: إن الوطي ليس بإتلاف، وإنه واللباس والطيب بمنزلة واحدة، وفيه كفارة واحدة، كما يجمع بين جميع ذلك فيُفرق بين الناسي والعامد، ويُفرق بينهما وبين ما كان / مُتلفاً؛ لأن الوطي ليس بإتلاف كاللباس والطيب.

(١ / ٢١)

والقول الثاني: إن الوطي سبيله أن يلحق بأغلظ المحرمات في الحج مُتلفاً كان أو غير مُتلف؛ لأن حكمه أغلظ الأحكام، وأغلظ الأحكام في الإحرام ما كان مُتلفاً مثل الصيد وأخذ الشعر، ولا يختلف القول في الصيد إذا اصطاد ثم اصطاد أن عليه في كل صيد كفارة، سواء كان في وقت واحد أو برميّة واحدة أو في أوقات مختلفة، وسواء كان ذلك قبل الكفارة أو بعد، فإذا ألحق الوطي بالمتلف من الصيد تغليظاً كان عليه في الوطي في كل مرة كفارة، سواء كان ذلك في مجلس واحد أو أوقات مختلفة، غير أن عليه في الوطي الأول بدنة، وفيما بعده ما استيسر من الهدي.

وإذا قيل: إن الوطي مخالف للصيد، لا حق باللباس والطيب = خُرج أمر الوطي على القولين الذي^(٣) قال في اللباس والطيب.

(٢) في الأصل: «حدا واحدا».

(١) في الأصل: «وهو»، ثم ضرب على الواو.

(٣) كذا في الأصل، ويحتمل: «الذين».

وهذا كله إنما اختلف قوله فيه إذا عاد فيه قبل أن يأتي بالكفارة، فأما إذا أتى بالكفارة ثم عاد لم يختلف قوله بأن عليه كفارة أخرى، وهذا الموضع هو الموضع الذي قال فيه المزي وأسقط الكفارة في الوطي الثاني.

* وما ذكره المزي رحمه الله أن لا كفارة في الوطي الثاني لأنه إحرآم فاسد، وأن الدم إنما ^(١) وجب لفساد الإحرآم = فغلط بيّن؛ لأنه / لو سقط عنه الكفارة من أجل أن الإحرآم فاسد كالصلاة والصيام إذا أفسدا لسقط في اللباس والطيب وقتل الصيد؛ لأن الكفارة لا تجب في شيء من ذلك إلا من أجل الإحرآم، فلو كان الإحرآم قد بطل وصار خارجاً من إحرآميه كما صار خارجاً من صوميه وصلاته لكانت الكفارة ساقطة في جميع ذلك، إذ الكفارة إنما جعلت على قاتل الصيد ولابس الثوب من أجل إحرآميه، فإذا خرج من إحرآميه فلا كفارة، وفي اتفاق الجميع على أن عليه في جميع ذلك كفارة كما كان يلزمه قبل إفساده ولو فعله ما يُعلم أن الإحرآم باقياً لم يتغير حكمه في ^(٢) تحريم ولا تحليل ولا انحلال عنه من إحرآميه شيء ^(٣)، بل واجب عليه أن يأتي من أعمال الحج ما كان يأتي به لو لم يفسد ويتجنب كلما يتجنبه لو لم يفسد، ومتى ترك شيئاً ^(٤) مما لزمه من نسكه أو أقدم على شيء مما نهى عنه في إحرآميه مما كان تلزمه الكفارة فيه قبل الإفساد لزمه ذلك بعده بإجماع، فُعلم بذلك أن الإحرآم لم ينحل عنه، وإنما تغير حكمه في الجواز عنه فحسب.

وأما المفسد للصلاة فقد خرج من الصلاة، ويقال له: هل يحرم عليه الكلام بعد إفساده للصلاة؟ فإن قال: يحرم = خالف الإجماع، وإن قال: لا يحرم بخروجه

(١) هنا في الأصل: «قد»، ثم ضرب عليه. (٢) في الأصل: «في حكمه»، ثم حول إلى ما أثبت.

(٣) في الأصل: «شيئاً». (٤) في الأصل: «شيء».

مِن الصَّلَاةِ = قِيلَ: فَالْكَلَامُ وَالْأَكْلُ وَالشَّرْبُ وَالْجَمَاعُ وَجَمِيعُ مَا كَانَ مُحْظُورًا
 فِي الصَّلَاةِ / مُتَّحٌ لَهُ بِخُرُوجِهِ مِنَ الصَّلَاةِ؟ فَإِذَا قَالَ: نَعَمْ = قِيلَ: فَإِنْ كَانَ الْحَجُّ
 كَالصَّلَاةِ فَيَجِبُ أَنْ يُبَيِّحُوا لَهُ إِذَا أَفْسَدَ الْحَجَّ جَمِيعَ مَا كَانَ مُحْظُورًا عَلَيْهِ كَمَا
 فَعَلْتُمْ ذَلِكَ فِي الصَّلَاةِ، فَإِنْ قَالَ: الْحَجُّ مَخْصُوصٌ بِأَنَّهُ لَا يَخْرُجُ مِنْهُ بِإِفْسَادِهِ وَعَلَيْهِ
 الْمَقَامُ عَلَيْهِ حَتَّى يَفْرُغَ مِنْ أَعْمَالِهِ، وَأَنَّهُ مُفَارِقٌ لِلصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ = قِيلَ: فَأَوْجِبْ
 فِي ذَلِكَ الْكَفَارَةَ لِبَقَاءِ الْإِحْرَامِ وَفَرَّقْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ.

وَيَقَالُ لَهُ: لَوْ كَانَ الْوُطْئُ إِنَّمَا وَجِبَتْ الْكَفَارَةُ فِيهِ لِلْإِفْسَادِ لَكَانَ مَا لَا يُفْسِدُ لَا
 كَفَارَةَ فِيهِ، وَلَكَانَ مَنْ وَطِئَ بَعْدَ عِرْفَاتٍ وَبَعْدَ الرَّمْيِ وَالْحَلْقِ وَقَبْلَ الطَّوَافِ لَا
 كَفَارَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ وَطْئَهُ غَيْرُ مُفْسِدٍ لِحَجَّهِ، وَفِي اتِّفَاقِ الْجَمِيعِ عَلَى وَجُوبِ الْكَفَارَةِ
 فِي وَطْئِهِ لَمْ يُفْسِدْ حَجًّا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْكَفَارَةَ لَمْ يُجْعَلْ لِلْإِفْسَادِ، وَأَنَّ الْكَفَارَةَ
 تَدْخُلُ فِيهَا يُفْسِدُ وَفِيهَا لَا يُفْسِدُ، وَأَنَّ الْقَضَاءَ مُتَعَلِّقٌ بِالْإِفْسَادِ وَالْكَفَارَةُ مُتَعَلِّقَةٌ
 بَارْتِكَابِ الْمُحْظُورِ الْمَمْنُوعِ مِنْهُ فِي الْحَجِّ، فَإِنْ صَادَفَ فِعْلُهُ إِفْسَادًا فَالْقَضَاءُ مِنْ
 أَجْلِ الْإِفْسَادِ وَالْكَفَارَةُ مِنْ أَجْلِ ارْتِكَابِ الْمُحْظُورِ، وَإِنْ لَمْ يُصَادَفْ إِفْسَادًا فَلَا
 قَضَاءَ، وَعَلَيْهِ الْكَفَارَةُ لَوْ جُودَ مَعْنَاهُ الَّذِي مِنْ أَجْلِهِ وَجِبَ، وَهُوَ ارْتِكَابُ الْمُحْظُورِ،
 فَأَمَّا سَقُوطُ الْكَفَارَةِ مَعَ بَقَاءِ الْحَظَرِ فَلَا وَجْهَ لَهُ.

وَقَدْ أَطْلَقَ الشَّافِعِيُّ اللَّفْظَ فِي مَوَاضِعَ بِإِسْقَاطِ الْكَفَارَةِ فِي الْوُطْئِ الثَّانِي، وَأَرَادَ
 بِذَلِكَ إِسْقَاطَ الْبَدَنَةِ، لَا إِسْقَاطَ مَا اسْتَيْسَرَ / مِنَ الْهَدْيِ؛ لِأَنَّ الْبَدَنَةَ إِنَّمَا غُلِّظَتْ
 لِتَغْلِيظِ الْوُطْئِ الْمَغْلَظِ بِالْإِفْسَادِ، فَأَمَّا الْوُطْئُ غَيْرُ الْمَغْلَظِ الَّذِي لَا عَمَلَ لَهُ فِي
 الْإِفْسَادِ فَكَفَارَتُهُ كَفَارَةُ سَائِرِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي لَا تُفْسِدُ، وَالْأَمْرُ فِيهِ كَمَا قَالَ الْمَزْنِيُّ
 فَيَمَنْ وَطِئَ بَعْدَ رَمِي جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ إِنْ لَمْ تَكُنْ الْبَدَنَةُ إِجْمَاعًا فَالْقِيَاسُ أَنَّ الشَّاةَ
 تَجْزِئُهُ، وَهُوَ عِنْدَنَا كَمَا قَالَ، وَهُوَ نَظِيرُ الَّذِي عَاوَدَ الْوُطْئَ بَعْدَ الْإِفْسَادِ.

وربما أطلق الشافعي رَحْمَةُ اللَّهِ اللفظَ في سقوطِ الكفارةِ إذا عاود، يُريدُ به عندنا: سُقُوطُهُ إلى أن يأتي بالكفارةِ حسبَ ما قاله في اللباسِ والطيبِ، فالقولان قبل الكفارةِ محتملان^(١)، فأما بعد الإتيانِ بالكفارةِ فلا وجهَ لسقوطِ الكفارةِ على مذهبه.

* وأما ما ذكره المزنيُّ أنَّ الكفارةَ لو وجبتُ بجماعِ ثاني لوجب حَجُّ ثاني بالجماعِ الثاني = ففيما ذكرنا مما يُفسدُ ما قاله كفايةً، وهو أن يقال: لم تجب الكفارةُ من أجلِ الإفسادِ، وإنما وجب من أجلِ الإفسادِ القضاء، وأما الكفارةُ فلا رتكابَ المحذورِ، والدليلُ على صحة ذلك أنه يطأ قبل طواف الزيارة وبعد الحلقِ فلا يُفسدُ ولا تَسْقُطُ الكفارةُ لبطلانِ الفسادِ، وكذلك تلزمه الكفاراتُ في الأشياءِ التي لا إفسادَ فيها، ولا خلافَ بين المزني والشافعي فيها، وذلك دليلٌ على أن الكفارةَ معنى والإفسادَ غيره.

ونظيرُ ذلك: الذي يَقُوتُهُ الحجُّ بِتَوَانِي أو خطإٍ عَدَدٍ فَيَلْزَمُهُ القضاءُ من أجلِ الفَوْتِ وَيَلْزَمُهُ الدَّمُ من أجلِ التأخيرِ إلى قابلٍ، / والدليلُ على ذلك أنَّ عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَمَرَ هَبَّارًا أن يحجَّ من قابلٍ ويأتي بما اسْتَيْسَرَ مِنَ الهدي^(٢)، ولو كان ذلك شيئًا^(٣) أوجبَه الفسادُ أو وجب بسببه لما أُخِّرَ إلى السنةِ الثانيةِ، فكذلك

(١/٢٣)

(١) في الأصل: «فالقولين قبل الكفارة محتملين».

(٢) أخرجه الشافعي من طريق مالك، عن نافع، عن سليمان بن يسار، أن هبار بن الأسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه، فقال: يا أمير المؤمنين، أخطأنا العدة، كنا نظن هذا اليوم يوم عرفة، فقال له عمر: اذهب إلى مكة فطف ومن معك، وانحروا هديا إن كان معكم، ثم احلقوا أو قصروا، ثم ارجعوا، فإذا كان عام قابل فحجوا واهدوا، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع. انظر «معركة السنن والآثار» للبيهقي (٧/ ٣٨٦) و«التلخيص» للحافظ (٤/ ١٧١٤).

(٣) في الأصل: «شيء».

الجماعُ في الحجِّ يُوجبُ الإفسادَ، والإفسادُ يُوجبُ القضاءَ، وارتكابُ المحظورِ
يُوجبُ الكفارةَ سواءً أفسد أو لم يُفسد.

* وما ذكره المزيُّ من سُقوطِ الهدْيِ لسقوطِ القضاءِ = فليس بدليل؛ لأنَّ
الجمع بين الشيئين في الحكم لا يُوجبُ اجتماعَهما في المعنى، والقياسُ إنما يَقَعُ
على المعاني، لا على الألفاظِ، وقد أَقَمْنَا الدليلَ على أنَّ معنى الكفارةِ مُفَارِقٌ لأمرِ
الإفسادِ، والله أعلم.



مسألة [الخطأ في يوم عرفة]



قال المزني رَحِمَهُ اللهُ في موضعٍ من «مسائله المتنوّرة»: حيثُ وضعتُ في وَضْعِ الخطأِ عَمَّنْ وقف بعرفةَ لأنَّه قولُ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ، ثُمَّ رأيتُ تركه لأنِّي رأيتُ القياسَ بخلافه، وذلك أن الله عَزَّجَلَّ وقَّتَ لشرائعه مواقيتَ:

فَمِنْهَا: ما إذا سَبَقَ العاملُ وقته لم يجز، وإذا فات وقته لم يُقْضَى وأُخِّرَ، مثلُ فرضِ الصلاةِ بأوقاتها، وفيه القضاءُ.

ومنها: ما إذا سَبَقَ وقته أجزاءه، مثلُ الزكاةِ يُخْرِجُها قبل الحَوْلِ فتُجزى؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ تَسَلَّفَ صدقةَ العباسِ لِعامَيْنِ^(١).

ومنها: إذا سبق وقته لم يجز، وإذا فات وقته لم يُقْضَى، وذلك مثلُ عرفاتٍ ورميِ الجمارِ والبيتوتَةِ بِمَنَى.

وجعل الله وقتَ عرفةَ يومَ التاسعِ مِن ذي الحِجَّةِ، فَمَنْ سبقه بالوقوفِ أو تأخَّرَ عنه لم يُجزَّه، قال رسولُ الله ﷺ: / «مَنْ أدركَ عرفةَ قبل الفجرِ مِن يومِ النحرِ فقد أدركَ الحجَّ»^(٢). فأخبر أن مَنْ لم يُدركَ ذلك لم يُدركَ الحجَّ، وهؤلاء قد فاتهم ما يكون بإدراكه إدراكُ الحجِّ.

أرأيتَ مَنْ عَلِمَ منهم أنَّ يومَ الأربعاءِ عرفاتُ بروية هلالِ ذي الحجة أكان يسعُه أن يتأخَّرَ إلى يومِ الخميسِ لجهلِ الإمامِ؟

أرأيتَ عشرين رجلاً رأوا الهلالَ فعَلِمُوا أنَّ يومَ الأربعاءِ يومُ عرفةَ فشَهِدُوا فلم يُعَدِّلُوا أيجوزُ لهم تركُ عرفةَ لجهلِ الإمامِ بذلك؟

(١) أخرجه الطبراني (الكبير: ٩٩٨٥) من حديث ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. وفي إسناده محمد بن ذكوان، وهو ضعيف. وانظر «التلخيص» للحافظ (١٣٢٧/٣).

(٢) سبق تخريجه في مسألة الخطأ في يوم عرفة السابقة.

أرأيت رجلاً رأى هلالَ رمضانَ أو جماعةً أيسعُهم فطرُ اليومِ لجهلِ إمامهم؟
أرأيت رجلاً قام في الصلاة في ظلمةٍ على أن البيتَ أَمَامَهُ ثُمَّ علمَ أَنَّهُ خَلْفَهُ
أُجْزِئَهُ ذَلِكَ لجهْلِهِ بِالْقِبْلَةِ كما قلتَ بعرفة؟
أرأيت رجلاً توضأَ بماءٍ يَعْلَمُهُ طَاهِراً وَصَلَّى ثُمَّ عَلِمَ أَنَّ بَائِلاً بِهِ فِيهِ أُجْزِئَهُ
لجهْلِهِ بِنَجَاسَتِهِ؟
أرأيتَ لو أعطَا من زكاةِ مالِهِ في الليلِ عبداً له أو كافراً ثُمَّ علمَ أُجْزِئَهُ لجهْلِهِ
بِكُفْرِهِ وَمِلْكِهِ؟
أرأيتَ رجلاً أعطَا رجلاً زكاةَ مالِهِ لِيُفَرِّقَهَا فَلَقِيَ صَاحِبَ الزكاةِ فَتَصَدَّقَ عَلَيْهِ
فَأَعْطَاهُ عَلَى اسْمِ الْفَقْرِ أُجْزِئَهُ؟
أرأيتَ رجلاً اشترى عبداً فأعتقه عن ظَهَارِهِ ثُمَّ علمَ أَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلُ أَكَانَ يُجْزِئَهُ
لجهْلِهِ بِأَنَّهُ حُرٌّ؟
ففي هذا ونحوه دليلٌ على من أخطأ وقت عرفة أن ذلك لا يُجْزِئُهُ لجهْلِهِ، وبالله
التوفيق، وأرد الله في ذلك يُوفِّقُ لك إن شاء الله، فإنه يقول: ﴿إِنْ يُرِيدَ إِلَّا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ
اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥].



قال أبو إسحاق:

❁ ❁ ❁ الجواب ❁ ❁ ❁

إنَّه قد مرَّ مِنَ الْكَلَامِ / في أمرِ عرفة ما في بعضه كفايةٌ، غيرَ أَنَّ الْمَزْنِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ (١ / ٢٤)
ذكرَ في هذا الموضعِ ألفاظاً لم يأتِ بها في سائرِ المواضعِ، وهي أضعفُ ما يُذكرُ
في هذا البابِ.

* فَاَمَّا تَقْسِيْمُهُ الْفَرَائِضَ، وَاَنَّ:

منها: مَا يُؤَدِّي فِي وَقْتِهَا، وَإِذَا فَاتَ وَقْتُهٖ قُضِيَ.

ومنها: مَا يُؤَدِّي فِي وَقْتِهَا، فَإِذَا فَاتَ لَمْ يُقْضَ.

ومنها: مَا يُؤَدِّي فِي وَقْتِهَا وَقَبْلَ وَقْتِهَا.

= فَهُوَ كَمَا قَالَ، إِلَّا أَنَّ:

مِنَ الْفَرَائِضِ: مَا إِذَا فَاتَ كَانَ قِضَاؤُهُ مُضَيِّقًا لَا يَسَعُ التَّأْخِيرَ.

ومنها: مَا إِذَا فَاتَ وَقْتُهَا كَانَ مُوسَّعًا لَهُ فِي التَّأْخِيرِ.

ومنها: مَا إِذَا فَاتَ كَانَ وَقْتُ قِضَائِهِ مُثَبَّتًا فِي وَقْتٍ بَعِيْنِهِ كَأَصْلِهِ.

ومنها: مَا إِذَا فَاتَ وَقْتُهٖ لَمْ يُقْضَ وَجُعِلَ عَلَيْهِ بَدَلُ ذَلِكَ كَفَارَةً فِي مَالِهِ أَوْ صِيَامًا عَلَى بَدَنِهِ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ.

فَإِذَا كَانَتْ أَصُولُ الْفَرَائِضِ مُخْتَلِفَةً حَسَبَ اخْتِلَافِ دَلَائِلِهَا فِي الْأَصُولِ، وَلَمْ يَكُنْ لَنَا أَنْ نُجَرِيَ الْفَرَائِضَ كُلَّهَا مَجْرَى وَاحِدًا لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّجَلَّ فَرَّقَ بَيْنَ أَحْكَامِهَا = فَكَذَلِكَ لَيْسَ لَنَا أَنْ نَجْمَعَ بَيْنَ أَحْكَامِهَا إِذَا وَقَعَ الْاجْتِهَادُ فِيهَا ثُمَّ تَبَيَّنَ خَطَأُ فَاعِلِهَا، وَلَكِنْ سَبِيلَ ذَلِكَ أَنْ يُرَدَّ إِلَى الْأَصُولِ، فَمَا أَوْجَبَتْ الْأَصُولُ مَسَامَحَتَهُ فِيهَا وَالْإِحْتِسَابَ لَهُ بِهَا مَعَ مَا جَرَى مِنَ الْخَطَا فِيهَا اخْتِسَابَ لَهُ مَعَ خَطَايَاهُ، وَمَا دَلَّتِ الْأَصُولُ عَلَى وَجوبِ الْإِعَادَةِ إِذَا تَبَيَّنَ خَطْؤُهُ أُلْزِمَ ذَلِكَ عَلَى حَسَبِ دَلَائِلِ الْأَصُولِ.

وَمِنْ حَيْثُ جَازَ اخْتِلَافُ أَصُولِهَا فِي وَجوبِ الْقِضَاءِ، وَفِي الْإِنْتِقَالِ إِلَى الْأَبْدَالِ،

وَفِي التَّضْيِيقِ فِي أَدَائِهَا وَفِي التَّوَسُّعِ / فِي ذَلِكَ، عَلَى حَسَبِ مَا أَرَادَ اللَّهُ عَزَّجَلَّ مِنْ (٢٤/ ب)

مَصْلَحَةِ عِبَادِهِ وَالْمَنْعِ مِنْ إِدْخَالِ الْمَشَقَّةِ وَالْأَضْرَارِ عَلَيْهِمْ = جَازَ ذَلِكَ فِي فُرُوعِ

هذه الأصول، وليس سبيلُ ذلك أن تُضربَ الأصولُ بعضها ببعضٍ، ولكن يُبنى على كل أصلٍ من ذلك ما أشبهه من الفروع.

على أن أبا إبراهيم أدخل في هذا الفصل ما ليس من مسألتنا بسبيلٍ، وهو خارجٌ عن جميع الأصول التي ذكرها؛ لأنَّ هذه أصولٌ أوجب الله جل وعز الإتيانَ بهذه الفرائض في مواقيتها^(١).

فمنها: ما يمكن الإحاطةُ في معرفة أوقاتها، فمن أمكنه الإحاطةُ فاجتهدَ فأخطأَ كانت عليه الإعادة؛ لأنَّه لا مشقةَ عليه في استعمالِ الإحاطةِ حتى يكون على يقينٍ من أدائها.

ومنها: ما لا طريقَ إلى الوصولِ إلى معرفة أوقاتها إلا بالاجتهادِ.

فما كان بهذا الوصفِ انقسم:

فمنه: ما يقع الاجتهادُ فيه عامًّا ولا يمكن التَّحرُّزُ من الوجه الذي وقع الخطأُ فيه، وفي إيجابِ الإعادةِ عليهم فيه مشقةٌ وضررٌ، فما كان بهذا الوصفِ فلا إعادةَ عليه إذا وقع الخطأُ فيها.

وما كان من ذلك إنما يقع نادرًا، وإذا وقع فإنما يقع على خاصٍّ من الناس، والتَّحرُّزُ من وجهِ الخطأِ فيه ممكنٌ، وهو أمرٌ لا يدومُ ولا يطولُ، فما كان بهذا الوصفِ فعليه فيه الإعادةُ إذا تبَيَّنَ خطؤه.

ألا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ / فَرَّقَ بَيْنَ الْمُسْتَحَاضَةِ وَبَيْنَ صَاحِبِ الْمَذْيِ، وَقَدْ اتَّفَقَا (١ / ٢٥) فِي خُرُوجِ النِّجَاسَةِ مِنْهُمَا بَغَيْرِ اخْتِيَارِهِمَا، فَأَجَازَ صَلَاةَ الْمُسْتَحَاضَةِ وَإِنْ سَالَ الدَّمُ عَلَى الْحَصِيرِ، وَأَمَرَ صَاحِبَ الْمَذْيِ بِتَجْدِيدِ الطَّهَارَةِ وَبَطْلَانِ صَلَاةٍ إِنْ كَانَ فِيهَا،

(١) في الأصل: «أوقاتها»، ثم ضرب عليه وكتب عقبه: «مواقيتها».

وكذلك أمر المصلي إذا علم بخروج الريح منه وإن كان ذلك بغير اختياره؛ لما بين ذلك من الاختلاف في المشقة، وذلك أن المستحاضة تتناول أيامها، فربما بقيت في ذلك الشهر، فلو ألزمت الإعادة مع ما يتكرر عليها من الفرائض في المستقبل للتحقق في ذلك مشقة، فأجيز صلاتها على حسب إمكانها ولم تلزم الإعادة، وصاحب الريح والمذي فخرج ذلك منهما نادراً، ولا يدوم ذلك بهما، فلذلك ألزمتنا الإعادة.

وكذلك فرق^(١) في الحائض والنفساء بين صلاتهما وصيامهما، فجعل عليها إعادة الصيام وأسقط عنها إعادة الصلاة؛ لأن الصلاة تتكرر عليها في كل يوم، فإذا اجتمع عليها قضاء ما مضى في أيام حيضها مع ما يتكرر عليها في أيام طهرها لحقتها المشقة، فلم يجعل عليها الإعادة، وأما الصيام فإنما ذلك في شهر من السنة، وربما وافق ذلك حيضها وربما لم يوافق، فيحصل لها فرضها، وإن وافق في بعض ذلك حيضها فهي في طول سنتها لا فرض عليها، ولا مشقة عليها في قضاء ما فاتها.

ولذلك فرق في السفر بين الصلاة والصيام، فجعل / الرفاهة في الصلاة إسقاط البعض والإتيان بالبعض، وجعل الرفاهة في الصيام تأخيرها لا إسقاط بعضه ليأتي به كملاً، وكذلك صلاة الخوف جعل الرفاهة في ذلك أن يأتي بالصلاة على حسب الطاقة بلا ركوع ولا سجود، ولم تجعل الرفاهة في ذلك تأخيرها عن أوقاتها كالصيام لما عليه من المشقة في قضاء ما يفوت إذا اجتمع ذلك عليه مع ما يتجدد من الفرائض.

فإذا فرق بين جميع ذلك لاختلاف معانيها واختلاف وقوع المشقة فيها جاز أيضاً أن يقع الاختلاف في أحكامها فيما طريقه الاجتهاد إذا وقع الخطأ في

(١) زاد في الأصل: «بين» ثم ضرب عليه.

الاجتهاد، فيكون من ذلك: ما لا إعادة عليه وإن أخطأ؛ لِمَا^(١) يلحق في ذلك من المشقة، كما فعل ذلك في حال العجز. ومنها: ما إذا وقع الخطأ في الاجتهاد أمر بالإعادة؛ لسقوط المشقة، كما فعل ذلك في حال العجز وفي سائر المواضع التي ذكرنا.

* فأما الذي رأى هلال ذي الحجة = فقد لزمه الفرض إحاطة فلا معنى في تخلفه عن الإتيان بفرضه في وقته، قبل ذلك منه أو لم يقبل؛ لأن من خالفه فهو مخطئ في الحقيقة وهو المصيب، فإمّا أن يُسمح لغيره^(٢) وقوع الخطأ في اجتهاده فتسقط عنه الإعادة، وإمّا أن لا يُسمح له بذلك فتلزمه الإعادة، فأما الذي رأى فلا عذر له في تخلفه عن الفرض، وإنما الكلام فيمن اجتهد فأخطأ هل تلزمه الإعادة.

* وكذلك من رأى هلال رمضان = فقد لزمه الفرض، / عليم إمامه أو جهل، والقول في الإمام؛ لأنه مخطئ في اجتهاده، لا فيه؛ لأنه مصيب.

* وأما المصلي في ظلمة = فإن كان صلى باجتهاده فالظلمة والضوء في ذلك واحد، وهو كالواقف بعرفة، ولا تلزمه الإعادة، وإن كان صلى في ظلمة بلا اجتهاد ولا دليل فعليه الإعادة، صادف البيت أو لم يصادف، وهو كمن يصلي من غير علم بدخول الوقت، لا إحاطة ولا اجتهاد، فلا يُحتسب له بفرضه، أصاب الوقت أو لم يصبه؛ لأنه صلى بغير علم بدخول الوقت.

ونظير ذلك: أن يقف بعرفة بغير اجتهاد ولا دليل، فلا يُجزئه ذلك إذا أخطأ الوقت؛ لأنه وقف بغير دليل، وإن صادف الوقت أجزأه ذلك وإن كان غير عالم بالوقت؛ لأن عرفة لا تحتاج إلى نية، ولو مر بعرفة ووقف بها وهو لا يعلم أنها

(١) في الأصل: «لم»، ثم صحح في الهامش.

(٢) في الأصل: «لغير» ثم زيدت الهاء فوق السطر.

عرفةً وهو حاجٌّ لأجزاء ذلك عنه وإن كان هو غيرَ قاصِدٍ إلى الوقوفِ بعرفةَ من أجل أداء الفرض، ولهذا فارق أمر الصلاة والصيام؛ لأنَّ الصلاة والصيام يُحتاجُ فيهما إلى النية، والنية لا يُمكنُ إلا بعد عِلْمِهِ بدخول الوقت.

* وأما إذا توضأ بما عنده أنَّه طاهرٌ فوجدَه قد بَيَّلَ فيه = فهذا ليس باجتهادٍ وقع عليه فيه خطأ، وإنما هو تفريطٌ، وقد كان يُمكنُه أن يتوضأ بما لا شكَّ فيه، ووقوعُ ذلك نادرٌ، فهو مخالفٌ لأمرِ عرفةَ من جميع الوجوه.

* وأما مَنْ أعطى زكاته في الليلِ فصادَفَ المُعطى عبداً له أو حُرّاً كافراً = فهذا رجلٌ مُفَرِّطٌ كان الواجبُ عليه أن يسألَ عن المُعطى وَيَكْشِفَ حاله، فإذا قَصَرَ في ذلك وعَرَّفَه في ظلمةٍ / الليلِ فلم يَتَبَيَّنْ له حالاً ولا صورةٌ وجهٍ فهذا رجلٌ مُضَيِّعٌ (٢٦/ب) تَلَزَمَهُ الإعادةُ.

* وأما مَنْ أعطى زكاةَ ماله رجلاً لِيُفَرِّقَها فَلَقِيَ صاحبَ الزكاةِ فأعطاه = فهذا أعظمُ أمراً مما قبله وأشدُّ تفريطاً وأولى بوجوبِ الإعادةِ، على أن في هذه المسألة لا إعادة؛ لأنَّ الزكاةَ قد حصلت في يده فلم تَخْرُجْ زكاته من يده ومن يد وكيله، فهذا رجلٌ في الحقيقة لم يُخْرِجْ زكاته، ولا هو مخطئٌ ولا مصيبٌ، ويقال له: أَخْرِجْ زكاتَكَ فَإِنَّكَ لَمْ تُخْرِجْ.

* وأما إذا اشترى عبداً فأعتقه عن ظهاره ثُمَّ عَلِمَ أنَّه حُرٌّ الأَصْلُ = فدَرَاهِمُهُ تَرْجِعُ إليه، ولم يُتْلَفْ منه مالاً، ولا لَزِمَتْهُ الإعادةُ؛ لأنَّ ماله في يده، ولم تحصل له حرية، فَيَشْتَرِي ما يعتق، فسبيله إذا اشترى أن يعلمَ صحةَ ملكِ البائع وصحةَ إسلامِهِ والشرائطَ التي عليه في فرضِهِ، فإذا فَرَّطَ في ذلك ولم يستكشف فإنما أُتِيَ من قِبَلِ نَفْسِهِ.

* ويقال للمزني: ما الفرق بين جميع ما أتيت به وبين أمر القبلة، ولم قلت أن لا إعادة عليه وألزمت القضاء في هذه المواضع؟ فما فَرَّقَ به بينهما وبين أمر القبلة فهو فَرَّقنا بين عرفة وبين هذه المواضع، والكلامُ علينا وعليه في ذلك واحد، وإذا جاز لك إسقاطُ الإعادة عن أحد المجتهدين وإيجابُ الإعادة على بعضهم لاختلاف معانيهم جاز للشافعي أن يُلْزِمَ الإعادة في هذه المواضع ويُسْقِطَهَا في عرفة بالفروق التي ذكرنا، وإلا فَمِنْ أَيْنَ حُظِرَ على الشافعي ما أُبِيحَ للمزني؟

وأمرُ عرفاتٍ / عندنا أصلُ اجتماع على جَوَازِهِ وإسقاطِ الإعادة عن أهلِ الأئمةِ (١/٢٧) الذي^(١) يُقْتَدَى بِهِمْ وَيُرْجَعُ إِلَيْهِمْ فِيمَا يُنُوبُ مِنْ أَمْرِ الدِّينِ فِي شَرْقِ^(٢) الْأَرْضِ وَغَرْبِهَا، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ إِلَّا نَادِرٌ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى وِفَاقِهِ وَلَا إِلَى خِلَافِهِ، وَخَصُّوه بِهَذَا الْحُكْمِ لِمَعَانِي مَعْقُولَةٍ قَدْ تَقَعُ الرُّخْصُ وَالتَّرْفِيَةُ بِأَقْلٍ مِنْهَا، مِنَ الْمَشَقَّةِ فِي الْمَالِ وَالنَّفْسِ، ثُمَّ تَعَذَّرَ وَقُوعُ الْقَضَاءِ أَيَّ وَقْتٍ أَمَكَّنَ أَوْ عَلِمَ بِالْخَطِيئِ، ثُمَّ تَعَذَّرَ وَقُوعُ الْإِحَاطَةِ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، وَإِمْكَانِ وَقُوعِ مَا وَقَعَ فِي السَّنَةِ الْأُولَى، فَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ اجْتَمَعَ الْأَئِمَّةُ عَلَى سَقُوطِ الْإِعَادَةِ، وَأَيْنَ ذَلِكَ مِنَ الْمَصْلِي فِي ظُلْمَةٍ بغيرِ اجْتِهَادٍ، وَالْأَخِذِ لَزَكَاةِ نَفْسِهِ، وَالْمُؤَدِّي لَزَكَاتِهِ إِلَى عَبْدِهِ، مَا أَبْعَدَ مَا بَيْنَ ذَلِكَ.

ولولا أَنَّا خِفْنَا أَنْ يَلْتَبِسَ ذَلِكَ عَلَى مَنْ قَلَّ عِلْمُهُ وَلَمْ يَتَبَحَّرْ لِمَا كَانَ سَبِيلُ ذَلِكَ أَنْ يُذَكَّرَ، وَلِرُفْعِ مَحَلِّ أَبِي إِبْرَاهِيمَ أَنْ يُنْسَبَ مِثْلُ ذَلِكَ إِلَيْهِ؛ لِوُضُوحِ فَسَادِهِ، وَلَكِنْ خِفْنَا الْإِلْتِبَاسَ فَذَكَّرْنَا مَا يُزِيلُ ذَلِكَ.

ويمكن أن يكون في معنى ذلك أن مَنْ فاتَه الحُجُّ فعليه قضاؤه، ولو حُصِرَ النَّاسُ وَحِيلَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْبَيْتِ فَحَلُّوا لَمْ يُلْزَمِهِمْ قضاؤه، والفَرَقُ بينهما وإن كان

(١) هكذا في الأصل، ولعله: «الدين».

(٢) في الأصل: «شرقي»، ثم حول إلى: «شرق».

الجميع قد فاتهم الحجُّ: أنَّ الذي فاتَه في نفسه خاصُّ أُتِيَ من قِبَلِ نفسه، فهو كَمَنْ يُخْطِئُ في يومِ عِرفةٍ خاصُّ في نفسه فلا يُحْتَسَبُ له بوقُوفِهِ، والمُخَصَّرُ بالعدوِّ هو أمرٌ عامٌّ لا يُؤْمَنُ وقوعُ مثله في قضائِهِ فلا إعادةَ في ذلك، ومثله أهلُ عرفاتٍ إذا أخطأ جماعتُهُم فلا إعادة؛ / لأنَّ ذلك شيءٌ لِحَقِّ الكافَّةِ، ولا يُؤْمَنُ وقوعُ مثله في الإعادة إذا أمرناهم، فلم نُوجِبْ عليهم الإعادة لِمَا يُلْحَقُ في ذلك مِنَ الضررِ.

ألا ترى أنَّ اللهَ عَزَّوَجَلَّ أباحَ للمُخَصَّرِ أن يُحِلَّ ولا قضاءَ عليه ولا بدلَ، ولم يُرَخِّصْ لِمَنْ كان مريضاً أو به أذى من رأسِهِ فِعْلَ ذلك إلا ببدلٍ؛ لأنَّ ما دَخَلَهُ الإبدالُ لم يُسَمَحْ له، وما لا يَدْخُلُهُ البدلُ وتَلَحُّقُ المشقةُ في الإتيانِ به سَقَطَ عنه الإعادةُ، واللهُ أعلمُ.



من كتاب البيوع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسألة [السلف جزافا] (٦)

قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: والذي اختار الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أن لا يُسلفَ جزافًا من دنائير ولا غيرها وإن كان درهماً حتى يصفه بوزنه وسكته وبأنه وَضَحٌ أو أسودٌ كما يصف ما أسلم فيه، وقد أجاز في موضع آخر أن يدفع سلعة غير مكيّلة ولا موزونة في سلم.

قال المزني: هذا أولى به؛ لأنه احتج في السلم في الحيوان بأن النبي ﷺ تسلف بكرة فصار به عليه ديناً إلى أجل^(١)، وباع علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جملاً بعشرين جملاً إلى أجل^(٢)، واشترى ابن عمر راحلةً بأربعة أبعرة مضمونةً عليه^(٣)، وهذا من الجزاف العاجل في الموصوف الآجل^(٤).

ومما يدل على ذلك أيضاً: جواز بيع الجزاف في الثمر في رؤوس النخل بالعرض إلى أجل بصفة معلومة وأجل معلوم، ولو كان لا يجوز دفع عاجل من

(١) الحديث أخرجه مسلم (١٦٠٠) من حديث أبي رافع رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) أخرجه الشافعي من طريق مالك بن أنس، عن صالح بن كيسان، عن الحسن بن محمد بن علي، عن علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وانظر «معرفة السنن والآثار» للبيهقي (٨ / ١٩٢).

(٣) أخرجه الشافعي من طريق مالك، عن نافع، عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وانظر «معرفة السنن والآثار» للبيهقي (٨ / ١٩٢).

(٤) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ١١٦٤-١١٦٥).

(١٠١) العُرُوضُ في أَجَلٍ مَعْلُومٍ حَتَّى يُوصَفَ الْمَدْفُوعُ الْعَدْلُ صَفَةً نَسَمَ فِيهِ إِلَى الْأَجَلِ = نَعْمَا جَازَ أَنْ يُدْفَعَ مَ فِي رُفُوسِ النَّخْلِ بِشَمْنٍ إِلَى أَجَلٍ حَتَّى يوصفَ الشَّمْنُ صَفَةً الْأَجَلِ مِنَ الْكَيْلِ وَالْوِزْنِ. وَيَسْتَحِيلُ عَلَيْهِ حَقِيقَةُ الشَّمْرِ فِي رُفُوسِ النَّخْلِ بِلَا وَزْنٍ وَلَا كَيْلٍ. وَالسَّنَةُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَمَّا كَانَتْ تُعْرَبُ تَبِيعَ مِنْ بَيْعِ النَّخْلِ سَنِينَ وَقَالَ: «مَنْ سَلَفَ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوِزْنٍ مَعْلُومٍ». وَنَهَى عَنِ بَيْعِ الْغَرَرِ^(٣). وَبَيْعُ التَّمْرِ سَنِينَ غَرَرٌ. فَدَلَّاهُ يُعَايِنُ مِنَ النَّسَمِ غَرَرٌ حَتَّى يُعَرَفَ بِالْصَفَةِ، وَمَا عُرِينَ وَرُئِيَ فَقَدْ عَلِمَ وَاسْتَعْنَى عَنِ الصَّفَةِ.

وَلَوْ كَانَ الْمَدْفُوعُ الْمَعَايِنُ إِذَا دُفِعَ فِي سَلَمٍ اخْتِجَ فِيهِ إِلَى الصَّفَةِ كَتَحْسَمٍ فِيهِ لَعَلَّةُ أَنَّ الْبَيْعَ إِذَا انْفَسَخَ لَمْ يَذَرِ الْمَسَلَّفُ بِمَا يَرْجِعُ = نَبْضُ شَرَى الْبَعْرِ بِالْبَعْرِ وَالشَّاءَ بِالشَّاءِ وَالثَّوبَ بِالثَّوبِ فِي نَحْوِ ذَلِكَ حَتَّى يَكُونَ مَوْصُوفًا نَعْتَةً تَنْهَى لَا يَسَرِّي إِذَا اسْتَحَقَّ مَا اشْتَرَى بِمَا يَرْجِعُ، فَلَمَّا أَجْمَعُوا عَلَى إِيضَافِ هَذِهِ النُّعَةِ بِنَبْضِ مَعْنَاهُ. وَالْبَيْعُ مِنْ وَجْهَيْنِ صَحِيحٌ فِي قَوْلِهِ: مَعْلُومٌ بِصَفَةٍ. أَوْ مَرْتَبِي غَيْرُ صَفَةٍ. فَكَيْفَ كَانَ شَرَى الْعَيْنِ بِالنَّقْدِ جَائِزًا صَحِيحًا لَا يُخْتِاجُ فِيهِ إِلَى صَفَةٍ انَّسَمَ لِأَنَّهُ مَعْبُودَةٌ عَلَى أَنَّ الْعَيْنَ الَّتِي تُرَى لَا تَخْتِاجُ إِلَى صَفَةٍ، وَأَنَّ الصَّفَةَ إِنَّمَا يَخْتِاجُ إِلَيْهَا مَنْ يَرَى فِي سَلَفٍ مَضْمُونٍ.

فَتَفَهَّمُ^(٣) ذَلِكَ تَجَدُّهُ كَذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.



(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٢٢٣٩) وَمُسْلِمٌ (١٦٠٤) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (١٥١٣) مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) تَصَحَّفَتْ هَذِهِ الْكَلِمَةُ فِي الْأَصْلِ إِلَى: «مَفْهُومٌ».

قال أبو إسحاق:

الاجواب

إن هذه المسألة قد خرّجها الشافعي رحمه الله على قولين:

أحدهما: ما اختاره المزني من جواز سَلَمِ الجُزَافِ في المعلوم.

والقول الثاني: / إنّه لا يجوز حتى يكون ما أسلّم موصوفاً، وإنّه لا يجوز سَلَمُ (٢٨ / ب) الجُزَافِ.

ولكل واحد من القولين وجه، وقد ذكرنا هذه المسألة ووجه القولين في «كتاب الشرح»، غير أنّ المزنيّ زاد في الاعتلال في «مسائله المنشورة»، فأعَدنا من المسألة ما عارضناه في قوله واحتمال ما أدخله.

* فأما وجه القول الذي اختاره المزنيّ = فهو أنّ المسلّم فيه مجراه مجرى العقود الصحيحة التامة التي لا يُحتاج فيها إلى الرجوع إلى ما دَفَعَ، ولو كان طريقه أو الغالبُ منه التَعَذُّرُ والحاجةُ إلى الرجوع حتى يُحتاج من أجله إلى التحرز في الشيء المدفوع سَلَمًا بأن يكون موصوفاً حتى يُدْرِي بما يرجع إذا انفسخ البيع لكانت هذه العلة تُوجب أن يكون السَلَمُ من أصله باطلاً؛ لأنّ السَلَمَ لا يجوز في الشيء الذي الأغلب منه الغررُ وتَعَذُّرُهُ إذا جاء وقته، وهذا هو الغررُ المنهي عنه، وإنما أُجيز ذلك إذا كان الأغلب منه السلامة وتمامُ البيع ووجود ما أُسْلِمَ فيه، وأُجْزِيَ من أجل ذلك مجرى الأعيان المبيعة المرئية، وإذا كان كذلك لم يُحتاج إلى صفة السَلَمِ كما لا يُحتاج إليه في بيع الأعيان؛ لأنّه بيعٌ سليمٌ، وإنما يُحتاج إلى صفة المسلّم فيه كما يُحتاج إلى صفة الأثمان فيما يُباع من السِّلَعِ بثمنٍ في الذمة حالاً أو آجلاً؛ لأنّه شيء يقع في الذمة لا بُدَّ من المطالبة به في ثاني حتى يتم ما دخل فيه، ولا يتم ذلك إلا بقبض المسلّم فيه، فلذلك احتيج إلى صفته، فأما

(٢٩ / أ) السَّلْمُ فَإِنَّمَا اخْتِيجَ فِي تَمَامِ / الْبَيْعِ إِلَى تَسْلِيمِهِ، وَقَدْ سُلِّمَ بَعْدَ أَنْ عُورِنَ وَشُوهِدَ، وَلَا يُخْتِاجُ إِلَى الْمَرْجُوعِ إِلَيْهِ، وَمَا بَقِيَ فِي الْبَيْعِ مِنْ نَقْصَانٍ أَوْ تَحَرُّزٍ فَمِنْ أَجْلِ مَا تَأَخَّرَ، لَا مِنْ أَجْلِ مَا تَعَجَّلَ، وَمَا دَخَلَ فِيهِ فَصَحِيحٌ مُتَبَرِّمٌ فِي الظَّاهِرِ، لَا يُخْتِاجُ إِلَى الرَّجُوعِ فِيهِ وَلَا إِلَى نَقْضِهِ إِلَّا نَادِرًا، كَمَا يَرْجِعُ إِلَى الْعَيْنِ إِذَا وَجَدَ بَعْوَضَهُ عَيْبًا فَفَسَخَ الْبَيْعَ مِنْ أَجْلِهِ وَلَا يَحْتَاجُ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ عِنْدَ أَحَدٍ أَنْ تَكُونَ السَّلْعَةُ الْمَبِيعَةُ مَوْصُوفَةً وَإِنْ كَانَا قَدْ يَرْجِعَا إِلَيْهَا إِذَا فُسَخَ الْبَيْعُ مِنْ أَجْلِ عَيْبٍ وَجَدَ بَعْوَضَهَا، وَقَدْ يَقَعُ الْاسْتِحْقَاقُ فِي الْبَيْعِ فَيَحْتَاجُ أَنْ يَرْجِعَ بِسَلْعَتِهِ، وَلَا يَحْتَاجُ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ السَّلْعَةُ مَوْصُوفَةً؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَدْخُلَا فِي بَيْعِهِمَا عَلَى أَنْ يَرْجِعَا إِلَى السَّلْعَةِ كَمَا دَخَلَ فِيهِ عَلَى قَبْضِ السَّلْعَةِ الْمَتَأَخَّرَةِ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجَانِ أَنْ يَسْتَوْثِقَا وَيَتَحَرَّجَا مِمَّا دَخَلَ فِيهِ مِمَّا بِهِمَا إِلَيْهِ الْحَاجَةُ فِي تَمَامِهِ، مِثْلَ قَبْضِ الْمُسْلَمِ فِيهِ، فَأَمَّا مَا دَخَلَ فِي بَيْعِهِمَا عَلَى التَّبَرِّيِّ مِنْهُ، بَلْ لَوْ عَلِمَا بِذَلِكَ لَمَّا دَخَلَ فِي عَقْدِهِمَا، مِثْلَ عَيْبٍ أَوْ اسْتِحْقَاقٍ = فَلَيْسَ عَلَيْهِمَا التَّحَرُّزُ مِنْهُ، وَإِنَّمَا يَرْجِعَا فِي ذَلِكَ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَقْصِدَا بَعْقَدَهُمَا، وَلَيْسَ عَلَيْهِمَا التَّحَرُّزُ فِي عَقْدِهِمَا مِمَّا دَخَلَ عَلَى ضِدِّهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ دَخَلَ فِي بَيْعِهِمَا عَلَى خِيَارٍ بَعْدَ ثَلَاثٍ لَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا، وَلَوْ دَخَلَ بِلَا شَرْطٍ خِيَارٍ ثُمَّ وَجَدَا بِالسَّلْعَةِ عَيْبًا بَعْدَ سَنَةٍ لَكَانَ لِمَنْ وَجَدَ الْخِيَارَ، وَلَمْ يَضُرَّ دَخُولُ الْخِيَارِ فِي بَيْعِهِمَا بَعْدَ سَنَةٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَيْءٌ لَمْ يَقْصِدَاهُ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِمَا التَّحَرُّزُ مِنَ الْغُرْرِ فِي بَيْعِهِمَا مِنْ جِهَةِ الْخِيَارِ فِيمَا / يَشْتَرِطَاهُ. (٢٩ / ب)

وكَذَلِكَ لَوْ عَقَدَا نِكَاحًا بِشَرْطٍ أَوْ خِيَارٍ لَكَانَ النِّكَاحُ بَاطِلًا، وَلَوْ عَقَدَاهُ بِغَيْرِ شَرْطٍ ثُمَّ وَجَدَا أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ عَيْبًا تَخِيرُ فِي نِكَاحِهِ، وَلَمْ يَوْجِبْ ذَلِكَ فُسْخَ النِّكَاحِ، وَهَذَا دَلِيلٌ بَيِّنٌ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الشَّرَاطِ الَّذِي يَحْتَاجُ إِلَيْهِ عَقْدُهَا وَعَلَيْهِ دَخَلَا وَبَيْنَ مَا يَعْرِضُ فِي ذَلِكَ مِمَّا لَمْ يَقْصِدَاهُ، وَأَنَّ عَلَيْهِمَا التَّحَرُّزُ فِي الْمَعَانِي الَّتِي قَصَدَا وَعَلَيْهِ دَخَلَا، فَأَمَّا مَا لَمْ يَدْخُلَا عَلَيْهِ بَلْ هُوَ ضِدُّ مَا قَصَدَاهُ فَلَا مَعْنَى لِلتَّحَرُّزِ مِنْهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

ألا ترى أنَّ كُلَّ عَقْدٍ لَهُ شَرَايِطُ تُصَحِّحُهُ وَشَرَايِطُ تُبْطِلُهُ، وَلِكُلِّ عَقْدٍ مِنْ ذَلِكَ حَلٌّ، وَلِحَلِّهِ شَرَايِطُ تُخَالِفُ شَرَايِطَ عَقْدِهِ، فَيَجُوزُ فِي حَلِّهِ مَا لَا يَجُوزُ فِي عَقْدِهِ، وَرَبَّمَا دَخَلَ فِي عَقْدِهِ مَا لَا يَدْخُلُ فِي حَلِّهِ، فَإِذَا وَجِدَ شَرَايِطُ الْعُقُودِ مُخَالَفَةً لَشَرَايِطِ حَلِّهِ فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يُفْسَخَ عَقْدٌ لَتَرْكِ التَّحَرُّزِ مِنْ مَعْنَى يَجُوزُ أَنْ تَحْدُثَ فِي حَلِّهِ أَوْ لَا تَحْدُثَ، وَذَلِكَ دَلِيلٌ بَيِّنٌ عَلَى أَنَّ عَلَى النَّاسِ التَّحَرُّزُ فِي عُقُودِهِمْ مِمَّا يُوجِبُهُ عُقُودُهُمْ، وَأَنَّ ذَلِكَ إِذَا انْعَقَدَ فَإِنَّمَا يَنْعَقِدُ عَلَى السَّلَامَةِ وَالصَّحَّةِ، وَلَمْ نَجِدْ فِي الْأَصُولِ عَقْدًا صَحِيحَ الشَّرَايِطِ فِي تَمَامِهِ يُفْسَخُ مِنْ أَجْلِ مَعْنَى لَمْ يَتَحَرَّزْ مِنْهُ مِمَّا يَجُوزُ أَنْ يَحْدُثَ فِي حَلِّهِ.

ولو كان الأمرُ في السَّلَمِ على ما ذَكَرَ مِنْ فُسَادِهِ حَتَّى يُوصَفَ السَّلَمُ صِفَةً الْمُسْلِمِ فِيهِ لَكَانَ ذَلِكَ فِي الْإِجَارَةِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ عَلَى مَنَافِعٍ مِنْ عَيْنٍ لَمْ تُخْلَقِ الْمَنَافِعُ بَعْدُ، وَإِنْ حَدَثَ عَلَى الْعَيْنِ حَادِثَةٌ لَمْ يَتَقَلَّ إِلَى عَيْنٍ سِوَاهُ، فَهُوَ عَقْدٌ لَمْ يَسْتَقِرَّ فِي ذِمَّةِ أَحَدٍ، وَإِنَّمَا هُوَ مُتَعَلِّقٌ / بِمَنْفَعَةٍ عَيْنٍ إِنْ تَلَفَ الْعَيْنُ فَسَدَ الْعَقْدُ، (١/٣٠) فَهُوَ أَشَدُّ غَرَرًا مِنَ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ السَّلَمَ مُتَعَلِّقٌ بِالذِّمَّةِ، غَيْرُ مُتَعَلِّقٍ بِعَيْنٍ، وَلَوْ كَانَ عُلُقُ بَعِينٍ لَكَانَ السَّلَمُ بَاطِلًا مِنْ أَجْلِ الْغَرَرِ، حَتَّى يَتَعَلَّقَ بِالصِّفَةِ وَالذِّمَّةِ حَسَبُ فَيَصِحُّ حَيْثُذِ، وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ فَقَدْ عَلِمَ أَنَّ السَّلَمَ أَثْبَتُ مِنَ الْإِجَارَةِ وَأَصَحُّ وَأَقْلُ غَرَرًا؛ لِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ يَتَعَلَّقُ صِحَّتُهُ بِالذِّمَّةِ وَلَا يَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ فَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى التَّمَامِ مِنْ عَقْدٍ يَتَعَلَّقُ صِحَّتُهُ بِعَيْنٍ إِنْ سَلِمَ مَنْفَعَتُهُ وَإِلَّا بَطَلَ الْعَقْدُ، وَمَعَ ذَلِكَ فَقَدْ اتَّفَقْنَا عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوْضُ الْمَنْفَعَةِ - وَهِيَ الْإِجَارَةُ - سَلْعَةً غَيْرَ مَوْصُوفَةٍ، وَالرَّجُوعُ إِلَى السَّلْعَةِ فِي الْإِجَارَةِ أَقْرَبُ مِنَ الرَّجُوعِ إِلَى السَّلْعَةِ^(١) فِي السَّلَمِ، وَإِذَا لَمْ يُحْتَاجَ أَنْ يَكُونَ مَوْصُوفًا عِنْدَ الْجَمِيعِ وَالْغَرَرُ وَالرَّجُوعُ إِلَيْهِ أَقْرَبُ لَمْ يُحْتَاجَ إِلَى ذَلِكَ أَيْضًا فِي السَّلَمِ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَدْخُلَا فِي إِجَارَتِهِمَا عَلَى الْفُسْخِ، وَإِنَّمَا دَخَلَا

(١) فِي الْأَصْلِ: «أَقْرَبُ إِلَى الرَّجُوعِ مِنَ السَّلْعَةِ» مَقْلُوبًا.

للتمام، فأَجْرِي عَقْدُهُمَا مَجْرَى العقود التامة، فجاز ذلك بإجارة معلومة وغير معلومة إذا عُوِينَ ذلك، فكذلك السلمُ إِنَّمَا دَخَلَ فِيهِ عَلَى السَّلامَةِ وَعَلَى التَّامِّ، فَيَجِبُ أَنْ يُجْرَى أَمْرُ عَقْدِهِمَا مَجْرَى العقود التامة، وما يَعْرِضُ فِي ذَلِكَ مِمَّا لَمْ يَقْصِدْهُ بَعْقِدُهُمَا وَلَا أَرَادَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِمَا التَّحَرُّزُ مِنْهُ، كما ذكرنا ذلك في العيب والاستحقاق والإجارة، والله أعلم.

* وأما ما استدل به المزي على صحة ما قاله بتسلف النبي ﷺ حيوانا بحيوان ولم يذكر صفة ما استسلف = فهذا غلط قبيح منه رَحِمَهُ اللهُ؛ لأن النبي ﷺ إِنَّمَا أَخَذَ قَرْضًا / عَلَى أَنْ يَرُدَّ مِثْلَهُ، فكيف يجوز أن يكون ما أَخَذَ مجهولًا غير موصوفٍ، وإذا كان الذي أَخَذَ مجهولًا فكيف يَرُدُّ مِثْلَهُ، وهذا عَقْلُهُ، إذ لا بُدَّ فِي الْقَرْضِ أَنْ يَكُونَ مَا يَأْخُذُ الْمُسْتَقْرِضُ مَعْلُومًا حَتَّى يَتَهَيَّأَ لَهُ رَدُّ مِثْلِهِ، وَإِنَّمَا نُقَلِّ هَذَا الْخَبَرَ فِي جَوَازِ اسْتِسْلَافِ الْحَيَوَانِ، وَلَمْ يُذَكَّرْ مَا عَدَاهُ مِنْ وَصْفٍ وَغَيْرِهِ.

* وأما استدلاله بأنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بَاعَ جَمَلًا بَعَشْرِينَ جَمَلًا = فَإِنْ كَانَ هَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْجَمَلَ الَّذِي بَاعَ غَيْرُ مَوْصُوفٍ فَهُوَ دَلِيلٌ أَيْضًا عَلَى أَنَّ الْعَشْرِينَ الَّذِينَ اشْتَرَوْا غَيْرُ مَوْصُوفٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُذَكَّرْ فِي الْخَبَرِ صِفَةُ الْجَمَلِ الَّذِي بَاعَ وَلَا صِفَةُ الْعَشْرِينَ الَّذِينَ اشْتَرَوْا، وَعِنْدَ أَبِي إِبْرَاهِيمَ رَحِمَهُ اللهُ إِنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ وَصْفٍ مَا اشْتَرَى وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَذْكُورًا فِي الْخَبَرِ، فَكَذَلِكَ لغيره أَنْ يَقُولَ: لَا بُدَّ مِنْ وَصْفٍ مَا بَاعَ وَأَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا وَإِنْ لَمْ يُذَكَّرْ فِي الْخَبَرِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصِدَ فِي الْخَبَرِ جَوَازُ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسَاءً، فَسَكَتَ عَمَّا عَدَاهُ.

وكذلك خبر ابن عمر رَحِمَهُمَا اللهُ وَكُلُّ خَبَرٍ رُوِيَ فِي هَذَا الْمَعْنَى فَإِنَّمَا يُنْقَلُ لِمَقْصِدٍ فِي نَقْلِهِ، فَيُذَكَّرُ الْمَقْصُودُ وَيُسَكَتُ عَمَّا عَدَاهُ، وَمِثْلُ ذَلِكَ كَثِيرٌ فِي الْكِتَابِ

(١) كذا في الأصل، ولعله: «الذي».

والسُّنَّةُ بما لو ضُرِبَ ظاهرُ بعضه ببعضٍ لتَنَاقَضَ وتَنَافَى، ولكنَّ سبيلَ ذلك أن يُحْمَلَ بعضه على بعضٍ، وَيُبَيَّنَ بعضه المراد في بعضٍ، وَيُوجِبَ بعضه تخصيصَ بعضٍ، حتَّى يُحْمَلَ جميعُ ذلك على الاتفاقِ، وَيَتَّفِقِيَ عنه التعارضُ والاختلافُ.

على أن أصحابنا رَحِمَهُمُ اللهُ بينهم اختلافٌ في العقدِ الذي يُعَقَّدُ باسمِ بيعٍ إذا حصل وإن كان عوضه في الذمة فلا حكم له بحكم السلم، وإنما يكون حكمه حكم السلم ما عَقَدَ باسمِ سَلَمٍ، فأما إذا عَقَدَ / باسمِ بيعٍ فلهما أن يَفْتَرِقَا قبل أن يقبض ما باع وإن كان المشتري في الذمة، وإنما يحرمُ التفرُّقُ قبل القبض فيما عَقَدَ باسمِ سَلَمٍ، ألا ترى إلى قوله: «وَمَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ»، فسَمَّى العقدَ بهذا الاسمِ، فلا يثبت له هذا الحكمُ إِلَّا فيما عَقَدَ بهذا الاسمِ، فأما ما عَقَدَ باسمِ بيعٍ فلا يَثْبُتُ له هذا الحكمُ وإن كان معناه واحدًا، وإنَّ حكمَ العقودِ رُبَّمَا يُعْلَمُ بالأسماءِ دون المعاني، ألا ترى أَنَّهُ لو عَقَدَ عليها باسمِ نكاحٍ أو تزويجٍ لكان العقدُ صحيحًا، ولو عَقَدَ باسمِ إباحةٍ أو تملكٍ لكان العقدُ باطلاً، والتمليكُ أُيِّنُ ما يُلْفَظُ به في ذلك، ومع ذلك لا يَصِحُّ العقدُ إِلَّا بالاسمِ المنصوصِ عليه وإن كان غيره أَوْضَحَ منه في المعنى، فكذلك السلمُ.

فَمَنْ قال بهذا القولِ سقط عنه الانفصالُ في جميع ما أَبانَهُ المزيُّ في هذه المسألة؛ لأنَّ جميعَ ما أَبانَهُ عقدُ باسمِ بيعٍ لا باسمِ سَلَمٍ.

وَمِنْ أصحابنا مَنْ جعل الاعتبارَ في جواز ذلك وفساده متعلقًا^(١) بالمعنى لا بالاسمِ، فَجَعَلَ المعنى وقوعَ المبيعِ في الذمة والفرقُ بينه وبين وقوعِ العقدِ على الأعيان، فإذا وقع في الذمة فلا فرق بين ذلك باسمِ سَلَمٍ أو باسمِ بَيْعٍ، ولا يجوزُ لهما أن يفترقا حتَّى يقبضَ المبيعُ، وَيَسْتَقِرُّ المشتري في الذمة حينئذٍ.

(١) في الأصل: «متعلق».

وكلُّ واحدٍ من هذين القولين للشافعي ما يندلُّ عليه، وقد ذكرنا قلت في موصوف،
وأتينا بما قال الشافعي فيه.

(٣١ ب) فَمَنْ قَالَ بِهَذَا / الْقَوْلِ فَالْإِنْفِصَالُ مِمَّا أَتَى بِهِ الْمَذَنِيُّ مَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ قُلْتَ
مَوْصُوفٌ^(١) وَإِنْ لَمْ يُذَكَّرْ بِالْإِنْفِصَالِ الَّتِي ذَكَرْنَا.

* وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ رَحِمَهُ اللَّهُ مِنْ أَمْرِ الثُّمَارِ إِذَا بَاعَتْ عَلَى رُؤُوسِ النَّخْلِ = قَبْضٌ قُلْتَ
يَخْرُجُ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا.

فَمَنْ قَالَ: إِنَّ حَكْمَ الْعَقْدِ مُتَعَلِّقٌ بِالْإِسْمِ لَا بِالْمَعْنَى = اعْتَبَرَ عَقْدَهُمَا. فَإِنْ قُلْتَ:
«أَسَلَمْتُ إِلَيْكَ هَذِهِ الثَّمَرَةَ فِي كَذَا وَكَذَا» شَيْءٌ مَوْصُوفٌ لَمْ يَجْزِ أَنْ يَنْتَرِكَ حَتَّى
يَقْبِضَ الثَّمَرَةَ. وَإِنْ قَالَ: «بَعْتُكَ هَذِهِ الثَّمَرَةَ بِكَذَا وَكَذَا» خَرَجَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: إِنَّهُ وَالْأَوَّلُ بِمَنْزِلَةِ، وَلَيْسَ لِهَمَا أَنْ يَنْتَرِكَ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَرَةَ. وَالْوَجْهُ
الثَّانِي: إِنَّهُ لَا يَضُرُّ افْتِرَاقُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بِاسْمٍ يَبِيعُ.

وهذا إذا كان ثمن الثمرة الذي وقع في الذمة عَرْضًا، فأما إذا كان ذلك ذهب وقرينة
فذلك وجه واحد أن ذلك جائز وإن لم يقبض الثمرة في مجلسيهما، وأن ذلك لا
يكون سلمًا، وهذا مما يختلف القول: إنَّ عَرْضَ السِّلْعَةِ إِذَا كَانَتْ دَرَاهِمًا أَوْ دَنَانِيرًا
وإن وقع التأخير فيها أن ذلك لا يكون سلمًا؛ لأنَّ الدراهم والدنانير لا يُتَغَيَّرُ الرِّبْحُ
فيهما ولا يمكن، وإنما تُتَغَيَّرُ الأرباحُ في السِّلْعِ، ولذلك أُجِيزَ لِهَمَا إِذَا تَبَايَعَا سَعَةً
بذهب أن يَقْبِضَ مكانه وِرْقًا، ولو كان الثمن سِلْعَةً فَأَرَادَا أَنْ يَقْبِضَا غَيْرَهَا عَرْضَ مِنْهَا
لَكَانَ ذَلِكَ بَاطِلًا مِنْهَا عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَا لَمْ يُقْبِضْ وَرِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ^(٢)، وقد أجز

(١) في الأصل: «موصوفًا».

(٢) أخرج ابن ماجه (٢١٨٨) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا: «لا يحل بيع ما
ليس عندك، ولا ربح ما لم يضمن». وانظر «التلخيص» للحافظ (٤/١٧٩٣).

النبي ﷺ أن يَقْبِضَ بَدَلَ الْوَرِقِ ذَهَبًا وَبَدَلَ الذَّهَبِ وَرِقًا، فَذَلَّ ذَلِكَ عَلَى افْتِرَاقِهِمَا، وَأَنْ / الَّذِي يُبْتَغَى فِيهَا الْأَرْبَاحُ السَّلْعُ لَا الْأَثْمَانُ، وَمَعَ ذَلِكَ فَإِنَّ الدِّرَاهِمَ وَالْدَنَانِيرَ لَا يُعْدَمَانِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُحْتَاجَ إِلَى الرَّجُوعِ إِلَى بَدْلِهِمَا، فَلِذَلِكَ لَمْ يَحْتَاجَ إِلَى التَّحَرُّزِ فِيهِمَا، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّحَرُّزِ فِي عَقْدٍ عُقِدَ عَلَى السَّلَامَةِ وَيَجُوزُ أَنْ يُوجَدَ وَيَجُوزُ أَنْ لَا يُوجَدَ بَأَنْ تَلَحَّقَهَا الْعَاهَةُ فَتَعَذَّرَ مِثْلُ الثَّمَارِ وَالنَّبَاتِ فَاحْتِيجَ إِلَى التَّحَرُّزِ، فَأَمَّا الدِّرَاهِمُ وَالْدَنَانِيرُ فَلَا يُعْدَمَانِ وَلَا يُحْتَاجُ إِلَى التَّحَرُّزِ بِالْقَبْضِ خَوْفًا مِنْ الْحَاجَةِ إِلَى الرَّجُوعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* وَأَمَّا [مَا^(١)] حَكَاهُ الْمَزْنِي رَحِمَهُ اللَّهُ مِنْ نَهْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ السَّنِينِ، وَقَوْلِهِ: «مَنْ سَلَفَ فَلْيُسَلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ» وَلَمْ يَذْكُرْ ذَلِكَ فِي السَّلَفِ = فَلَيْسَ كُلُّ شَيْءٍ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي أَحْكَامِ الْبَيْعِ وَغَيْرِهَا يُوجَدُ مَذْكُورًا فِي الْخَبَرِ نَصًّا، وَلَكِنْ رُبَّمَا وَجَدَ بَعْضُ ذَلِكَ مَذْكُورًا، وَوُجِدَ بَعْضُ ذَلِكَ مَذْلُومًا عَلَيْهِ، وَالْمُسْلِمُ فِيهِ قَدْ نَصَرَ الْخَبْرَ عَلَى وَجوبِ الصِّفَةِ فِيهِ، وَالسَّلَامُ عِنْدَ مَنْ يُوجِبُ صِفَتَهُ فَقَدْ ذَلَّ عَلَيْهِ، وَالْمَذْلُومُ عَلَيْهِ كَالْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ.

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: مَا الدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ؟ = قِيلَ: مَنْ قَالَ بِذَلِكَ احْتَجَّ بِأَنْ عَلَيْهِ التَّحَرُّزُ بِصِفَةِ السَّلَامِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَبْقَى عَلَى تَحَرُّزٍ وَعَلَى ظَاهِرِ حَالِ السَّلَامَةِ وَلَيْسَ يُؤَمَّنُ الْحَاجَةُ إِلَى الرَّجُوعِ إِلَيْهِ.

وَنظِيرُ ذَلِكَ أَنَّ ضَمَانَ الْمَجْهُولِ فَاسِدٌ وَضَمَانُ مَا لَمْ يَجِبْ بَاطِلٌ عِنْدَ الْجَمِيعِ، وَمَعَ ذَلِكَ فَقَدْ أَجَازَ الْجَمِيعُ ضَمَانَ الدَّرَكِ^(٢)، وَقَدْ عَلِمْنَا أَنَّهُمَا دَخَلَا فِي بَيْعِهِمَا

(١) كلمة: «ما» زدتها على الأصل.

(٢) ضمان الدَّرَك: التزام الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله. انظر «العزیز» للرافعي (٧/ ٥٨ ط دبی).

على الصحة والسلامة، وإذا كان عقدهما على ما دخلا فلا دَرَكَ، والدَرَكَ ضِدُّ ما
دخلا فيه، وهو فساد البيع، وأَجِيزَ لهما التَّحَرُّزُ في عقدهما / من سبب لا يكون (ب ٣٢)
إلا بحل ذلك العقد وفساده وإن كان ذلك ضمانا مجهولا، ولو ضمن ذلك في غير
عقد لكان ذلك باطلا من وجهين:

أحدهما: أن ليس بواجب.

وأنه إن كان واجبا فمقداره مجهول^(١).

فإذا كان ذلك باطلا ثم أُجِيزَ إدخاله^(٢) في العقد الذي لا يُدْرَى هل يكون فيه
ذلك أم لا، وإذا كان فإنما يكون ذلك في حله، وإذا جاز التَّحَرُّزُ فيما يُوجِبُهُ حُلُّ
العقد جاز المطالبة بالتَّحَرُّزِ في السلم مما^(٣) يوجب حله، وإن كان في الظاهر سليما؛
لإمكان الفساد فيه، والحاجة إلى الرجوع فيما دفع.

* وأما اعتلاله بنهيه عن بيع الغرر، وأن الغرر فيما لم يُعَاینَ، فأما ما عُوینَ فلا
غرر، فلا يُحتاجُ إلى صفته = فهو كما ذكره فيما كان الملك عليه تاما مُستَقَرًّا، فأما
ما عُوینَ ولم يَسْتَقَرَّ الملك عليه في الحال، وإنما عُقِدَ فيه عُقْدٌ^(٤) متعلق بأسباب
متأخرة، يَصِحُّ بوجودها، وَيَبْطُلُ بعدمها، ويُحتاجُ إلى مُراعَياتِها والتَّحَرُّزِ منها =
فحاجتنا إلى التَّحَرُّزِ بعد المعاينة إلى وقت الحاجة حتى يَسْتَقَرَّ الملك كحاجتنا
إلى التَّحَرُّزِ وقت المعاينة؛ لأنَّ تعذُّر ذلك وقت حاجتنا إليه كتعذُّر ذلك وقت العقد
عليه، إذ كان العقد عليه غير تام^(٥) ولا نافذ، بل هو متعلق بمعنى قد يُوجَدُ وقد لا
يُوجَدُ فيضطرُّ إلى الرجوع إلى ما دَفَعَ، فَمِنْ أَجْلِ ذلك ينبغي أن يكون معروفاً.

(١) في الأصل: «مجهولا».

(٢) في الأصل: «إدخال» بدون هاء.

(٣) في الأصل: «فيما» ثم كتب فوقه: «مما».

(٤) في الأصل: «عقدا».

(٥) في الأصل: «غير لازم تام»، ثم ضرب على «لازم».

ولو كان الأمر على ما ذكره المزي من أن المقصد معرفته وقت العقد لا ما بعده
 لكان بيع الثمر قبل بدو صلاح جائزا؛ لأنه قد عُوِينَ وقد خَرَجَ مِنَ الْغَرْرِ مِنْ أَجْلِ
 المعاينة، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه عن بيع / الثمار حتى يَبْدُوَ صلاحها^(١)،
 ولو كان المنع من البيع من أجل أنه لا يُمكنُ معاينته على النخل لكان ذلك باطلا
 وإن بدا صلاح فيه، وقد عُلِمَ أنه في حال العقد لا غرر فيه من جهة المعاينة لأنه قد
 رأى، ولو اشترى ذلك على القطع لكان ذلك جائزا، فعُلِمَ أن الفساد إنما دخل من
 أجل التأخير ولما يلحق من الغرر في ثاني، لأنه ليس مقصد المشتري تسلم الثمرة
 على رؤوس النخل، وإنما ذلك قبض يبرئ البائع ويُخرج الثمرة من ضمانه ولا يبلغ
 المشتري ما قصده ولا ما ابتغاه في شرائه؛ لأن بُغْيَتَهُ تَسَلُّمُهُ مِنْ رُؤُوسِ النَّخْلِ حَتَّى
 يحصل ذلك في منزله ويأمن العاهات عليه، فلمَّا كان قبضه الذي قصده متأخرا والغرر
 فيما يحدث عليه بعد العقد واقع نُظِرَ إِلَى الْأَغْلَبِ، فإذا كان الأغلب من ذلك السلامة
 في المتعقَّبِ أُجِيزَ الْبَيْعُ، ألا ترى إلى قوله: «حتى يؤمن عليه العاهة»، ولا يقول ذلك
 إلا والأغلب منه السلامة، وإذا كان الأغلب من ذلك إسراع الآفات والعاهات إليها
 فما يُتَخَوَّفُ وقوعه بعد العقد كما يُتَخَوَّفُ وقوعه في حال العقد، فيكون العقد من
 أجلهما باطلا^(٢)، فكذاك التَّحَرُّزُ مِنَ الْمَعْنَى الْوَاقِعِ فِي حَالِ الْعَقْدِ وَمِمَّا يُتَخَوَّفُ أَنْ
 يقع في ثاني إذا كان العقد غير متبرم والأمر في صحته وبطلانه متأخرا فسبيله التَّحَرُّزُ
 مما يُتَخَوَّفُ في ثاني إلى وقت استقرار الملك كما يُتَحَرَّزُ مما يحتاج إليه في العقد.

وإذا جاز في أمر الثمار ما ذكرنا وإن كان في حال العقد / سليما من الغرر فما
 أنكر المزي أن يكون عقد السلم وإن كان سليما في الظاهر في الحال فقد يحتاج إلى

(١) أخرجه البخاري (٢١٩٤) ومسلم (١٥٣٤) من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) في الأصل: «باطل».

ذلك في ثاني؛ لأنه عقد متأخر؟ فما طولينا بالتَّحَرُّزِ منه في الآجلِ نطالبُ بالتَّحَرُّزِ منه في العاجل، لأنه قد يَسْلَمُ وقد لا يَسْلَمُ، فيحتاج إلى الرجوع إلى ما دَفَعَ، فيتَحَرَّزُ مما عساه أن يَحْتَاجَ إليه في ثاني، وإن كان في الوقت سليما، كما كان ذلك في الثمار مع سلامتها في الحال، فكذلك يحتاج أن يكون المدفوع معلوما؛ لأنه قد يَحْدُثُ ما يَمْنَعُ مِنْ تَمَامِهِ فيحتاج إلى الرجوع إلى ما دَفَعَ.

* وأما قوله في شَرَى الأعيان: إنه قد يجوز أن يكون مُسْتَحَقًّا فيحتاج إلى الرجوع إلى العين = فغير لازم؛ لأنَّ بيع الأعيان عقد مُتَبَرِّمٌ تامٌّ لم تَبَقْ بينهما عُلُقَةٌ يُخْتاجُ مِنْ أَجْلِهَا إلى التَّحَرُّزِ، ولو كان كما ذكره مِنْ وجوب التَّحَرُّزِ مِنْ أَجْلِ الاستحقاق كما يلزم ذلك في السلم لوجب أن يُتَحَرَّزَ بأن لا يفترقا حتى يتقابضا كما وجب ذلك في السلم، فلما لم يَجْزِ أن نطالبه بذلك في بيع الأعيان وجاز مطالبته في السلم فالفرق الذي يُفَرِّقُ المِزْنِ بينهما في الافتراق به يُفَرِّقُ بينهما في وصف الشيء المدفوع، وذلك أن يقال: إنَّ عَقْدَهُمَا على الأعيان لم يَعْقِدَاهُ على أن تَبْقَى بينهما عُلُقَةٌ تَوْجِبُ أن يكون عَقْدُهُمَا مَوْقُوفًا يَحْتَاجُ إلى التَّحَرُّزِ مِنْ أَجْلِهِ بالدفع، واحتيج إلى ذلك في السلم لأنَّهُمَا دخلا في عقدٍ عَلِمَا أن تَمَامَهُ متأخراً فَأَمَرَا بالتَّحَرُّزِ مِنْ ذَلِكَ بِدَفْعِ الْعَاجِلِ، فكذلك احتيج / إلى صفة المدفوع في السلم لَوْ قُوعِ التَّأخِيرِ فِيهِ وَأَنَّهُمَا دخلا في عقدٍ لا يَدْرِيَا يَتِمُّ بينهما أو يحتاجا أن يرجعا إلى أصل مالهما، فَأَمَرَا بالتَّحَرُّزِ.

(١/٣٤)

* وَمَنْ قَالَ بِالْقَوْلِ الْآخِرِ^(١) = فَيُشَبِّهُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ السَّلَمِ وَبَيْنَ الْإِجَارَةِ وَضَمَانِ الدَّرَكِ وَبَيْعِ الثَّمَارِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُو صَلَاحُهَا بِأَنْ يَقُولَ:

(١) يعني: قول منع السلم جزافا حتى يكون موصوفا.

إن ضمان الدَّركِ أُدْخِلَ في العقدِ استظهاراً كما أُدْخِلَ الرَّهنُ والضَّمينُ والشَّهادةُ خوفاً من عاقبته من تَجَاحُدٍ أو إفلاسٍ، وإنَّما أُجِيزَ إدخالُ ذلك؛ لأنَّه مما إن احتِيجَ إليه يَقَعُ، وإن لم يُحتَاجَ إليه لم يُؤدِّي إلى فسخِ العقدِ، وكذلك ضَمانُ الدَّركِ، وكذلك الرهنُ والضَّمينُ؛ لأنَّ جميعَ ذلك لو لم يُفَعَّلْ وتُركَ لكان العقدُ صحيحاً، وصفةُ السَّلَمِ مما إذا عُدِمَ - عند مَنْ أوجبَ ذلك - فَسَدَ السَّلَمُ وأُضِرَّ ذلك بالعقدِ، وجميعُ ما ذكرنا غيرُ مُفسِدٍ للعقدِ عدمه، وإنَّما ذلك زيادةُ استظهارٍ ووثيقةٌ.

وأما بيعُ الثمار قبل أن يَبْدُو صلاحُها؛ فإنَّما فُسِّخَ البيعُ لأنَّ الأغلبَ منه الغررُ فأبْطُلَ، ولو كان الأغلبُ مِنَ السَّلَمِ الغررُ لأبْطُلَ بيعُ الثمرِ، فلمَّا لم يُبْطَلْ دَلَّ على أنَّ الأغلبَ منه السلامةُ فلذلك أُجِيزَ، وإذا أُجِيزَ ذلك وجب أن يُجْرَى مَجْرَى الأعيانِ المقبوضةِ المتبرِّمةِ غيرِ مُحتَاجٍ إلى صفةٍ.

وأما الإجارةُ؛ فهي في الحقيقةِ عقدٌ على منافعٍ غيرِ موجودةٍ ولا مخلوقةٍ، غيرَ أنَّ الضرورةَ أدَّتْ إلى العقدِ عليها فأجْرِيَتْ مَجْرَى الأعيانِ المقبوضةِ ما دامت على السلامة؛ لأنَّ حاجةَ الناسِ إلى العقدِ على المنافعِ كحاجَّتِهِمْ / إلى العقدِ على (٣٤/ ب) الرِّقابِ، والمنافعُ ما مَضَى منها لا يمكنُ العقدُ عليها لأنه شيءٌ فُتِّ، والمستقبلةُ غيرُ مخلوقةٍ، وليس في المنافعِ شيءٌ موجودٌ مخلوقٌ ويمكنُ إفرادُه بالعقدِ دونَ الماضي والمستقبلِ، فأدَّتْ الضرورةُ إلى أن يُعَقَّدَ على المستقبلِ بتَسَلُّمِ ذلك أولاً فثلاً، وأجْرِيَتْ مَجْرَى الأعيانِ المخلوقةِ المقبوضةِ، والدليلُ على ذلك أنه لو استأجرَ سلعةً بصفةٍ إلى أجلٍ لكان ذلك جائزاً وإن كانت الإجارةُ متأخرةً، وليس يُشَبَّهُ السَّلَمُ في ذلك، بل السَّلَمُ لا يجوزُ أن يُؤَخَّرَ قبْضُه عن الوقتِ ويجوزُ ذلك في الإجارةِ، ومع ذلك إذا تَسَلَّمَ المستأجرُ ما استأجرَ وصار ذلك في يده جاز له أن يُعَقَّدَ على منافعِهِ ويُؤاجِرَهُ مِنْ غَيْرِهِ، ولا يكونُ في معنى العينِ غيرِ المقبوضِ الذي لا يجوزُ العقدُ عليه

حتى يُقبَضَ، لنهي رسول الله ﷺ عن بيع ما لم يُقبَضَ وربح ما لم يُضمَنَ، فلمَّا أُجري في جواز العقد مَجْرَى الأعيانِ المقبوضةِ في الأمرين جميعاً [دَلَّ^(١)] جواز تأخير قبض العرضِ وجواز التصرف قبل حصول المنفعةِ في يده على أن ذلك مخالفٌ للسَّلمِ، وأن السَّلمَ قد شُدَّ علينا فيه وأخذنا بما لم نُؤخذ به في عقد الإجارة.

فإن قيل: فما الفرقُ بينهما وقد استويا في الغرر، بل الغررُ في الإجارة أكبر منه في السلم؟ = قيل: الفرقُ بينهما أن بالناسِ حاجةً إلى / العقودِ على أملاكهم، وإلى العقودِ على منافعِ أملاكهم، وقد أخذوا بإزالة الغررِ في عُقودِهِم، وإزالة الغررِ فيها مختلفٌ، يُمكنُ في بعضها ما لا يمكنُ في بعضٍ، فأخذنا كلَّ جنسٍ من ذلك بما يُمكنُ ولا يُؤدِّي إلى المنعِ من العقدِ ولا إلى الضررِ، ولم نُجرِ الجميعَ مَجْرَى واحدًا؛ لاختلافهما، ولأنَّه يمكنُ في بعضها ما يتعذر في بعضٍ.

ألا ترى أنَّه لو باع طعاماً في غرارةٍ أو ثمرًا في جرابٍ لم يراه المشتري لكان البيعُ باطلاً حتى يراه، ولو باع جَوْزًا أو لَوْزًا أو بَطِيخًا أو بعضَ ما يكون مأْكُولُهُ في جوفه كان البيعُ جائزًا، وفيه من الغررِ مثل ما في الطعام الذي في الغرارة أو أكثر؛ لأنَّ غرر الطعامِ والثمرِ يمكنُ إزالتهُ بالنظرِ إليه بلا ضررٍ ولا منعٍ من العقدِ ولا غررٍ يَحْدُثُ مِن أَجلِ النظرِ، فلم نُجَوِّزْ من أَجلِ ذلك حتى يُزال الغررُ، وأُجِيزَ في الجَوْزِ واللَّوْزِ والبَطِيخِ لأنَّه لا يمكنُ إزالةُ الغررِ والنظرِ إليه إلا بضررٍ يدخل على المالك^(٢)، وبغررٍ يحدثُ أكبر من الغررِ في كونه باطنًا؛ لأنَّ المقصِدَ في ذلك بقاؤه وإدْخاره، وإذا أُخْرِجَ مِن قِشْرِهِ أَسْرَعَتْ إليه الآفاتُ ولم يمكنَ ادْخاره، فأُجِيزَ بَيْنَهُ مِن أَجلِ ذلك على السلامة، وحيثُ أُجِيزَ على السلامة أُجْرِيَ ذلك مَجْرَى الأعيانِ السليمةِ المقبوضةِ.

(٢) كتب في الهامش: «الملك».

(١) زيادة مني.

فكذلك أمرُ الإجارة لا يُمكنُ فيها إلا ما فعل، وبالناس إليها الحاجة، فأُجيزَ

ذلك مع ما فيها / من الغرر، وأُجريَ مَجْرَى الأعيانِ السليمة، ولم يحتاج فيه إلى (٣٥ / ب) التقابض قبل التفرق، ولا إلى أن لا يتصرف حتى يرى.

فأمّا السلم؛ فقد كان يمكن أن لا يباع حتى يوجد ويخلق فيعين ثم يشتري، فلما تقدم ذلك لضرب من الرفق بالمتعاقدين احتيط حيث أُجيزَ لهما وأُخذَ بما لم يؤخذ به صاحب الإجارة للفرق الذي ذكرنا.

وجملة ذلك أن يقال له: قد طالبتَ صاحبَ السلمِ بتسليمه قبل التفرق، ولم تطالب صاحبَ الإجارة بتسليم الإجارة قبل التفرق، وأجزتَ لصاحبِ الإجارة التصرف في المنافع ونقل الملك قبل أن تُخلق، ولم تُجوزْ لصاحبِ السلمِ التصرف فيما أسلم فيه حتى يقبض، فما تفرّق به بين السلم وبين الإجارة فهو فرّقنا بينهما في صفة السلم. وأما ضمان الدرك؛ فغيرُ مانعٍ عدمه من صحة العقد، وإنما ذلك زيادة وثيقة كالشهادة والرهن والضمين، وهذه وثائق، ليست بمانعة من جواز العقد، فلذلك فرّق بينهما.

وأما بيع التمر قبل بُدؤ الصلاح؛ فالأغلبُ فيه الغرر، حتى يبدؤ صلاحه فيصير الأغلبُ السلامةُ وبعده من العاهة فيجوزُ حينئذٍ، ولولا بعده من الغرر لما أُجيزَ وإن بدا صلاحه.

* وهذا جملة ما يُذكرُ في وجه القولين، وفي المسألة غير ما ذكرنا، وإنما ذكرنا هاهنا على حسب ما أتى به المزي، فذكر ما يؤيدُ به هذا القول وما يُطعنُ عليه به، والله الموفق للصواب.



(١/٣٦) قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: ولو ابتاع / طعاما إلى أجل أو حالا^(١) فَتَفَرَّقَا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْبَائِعُ الثَّمَنَ فَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ؛ لِأَنَّ هَذَا دَيْنٌ بَدَيْنٌ^(٢).

قال المزني: قد أبان أَنَّ الثَّمَنَ دَيْنٌ فِي الذِّمَّةِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ لَكَانَ عَيْنًا بَدَيْنٌ، وَعَيْنٌ بَدَيْنٌ غَيْرُ دَيْنٍ بَدَيْنٍ، فَقَدْ يَقُولُ قَائِلٌ: إِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَيْنًا مِثْلُ عَبْدٍ ابْتِاعَ بِهِ مِئَةَ إِزْدَبٍ قَمَحًا مَوْصُوفًا إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ فَافْتَرَقَا قَبْلَ دَفْعِ الْعَبْدِ كَانَ لهُمَا قَبْضُ الثَّمَنِ، وَلَا يَفْسُدُ السَّلَمُ كَمَا يَفْسُدُ لَوْ لَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ الَّذِي هُوَ فِي الذِّمَّةِ دَيْنًا؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ دَيْنًا بَدَيْنٌ، وَلَيْسَ الْعَيْنُ دَيْنًا بَدَيْنٌ، فَتَفْهَمُ ذَلِكَ تَجِدُهُ كَذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

أَلَا تَرَى أَنَّكَ تَبِيعَ الْعَبْدَ بَدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ أَوْ بَعَرَضٍ مَوْصُوفٍ إِلَى أَجَلٍ وَلَمْ تَدْفَعْ الْعَبْدَ أَنَّ الْعَقْدَ جَائِزٌ وَعَلَيْكَ دَفْعُ الْعَبْدِ وَالْبَيْعُ ثَابِتٌ لَا يَنْفَسَخُ لِافْتِرَاقِكُمَا قَبْلَ قَبْضِ الْعَبْدِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا كَانَ فِي الذِّمَّةِ أَوْ جَبَتْ بِهِ سَلَمًا فِي الذِّمَّةِ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ الدَّيْنُ بِالْذَّيْنِ إِذَا ارْتَفَعَتِ الْعَيْنُ، فَانْظُرْ فِي ذَلِكَ تَجِدُهُ كَذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

الاجواب

أن ليس طريق هذه المسألة ولا وجه تنزيلها ما ذهب إليه أبو إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ.

* فَأَمَّا مَا حَكَاهُ عَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الْبَيْعَ مَفْسُوخٌ لِأَنَّهُ دَيْنٌ بَدَيْنٌ = فَلَيْسَ يَخْرُجُ ذَلِكَ إِلَّا عَلَى أَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ، فَكَأَنَّهُ ابْتِاعَ طَعَامًا فِي ذِمَّتِهِ بِثَمَنِ فِي ذِمَّتِهِ، فَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ لِأَنَّ ذَلِكَ دَيْنٌ بَدَيْنٌ، وَهَذَا مِمَّا لَا يَخْتَلِفُ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ، لَا مِنْ جِهَةٍ أَنَّ ذَلِكَ سَلَمٌ، وَلَكِنْ مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ دَيْنٌ بَدَيْنٌ.

(٢) انظر «الأم» (٣/٦٢).

(١) فِي الْأَصْلِ: «حَال».

ولو كان بيعهما باسم سَلَمٍ فافترقا قبل قبضِ السَلَمِ لكان البيعُ مُنْقَسِخًا، /
سواءً كان ذلك عَيْنًا أو في الذمة؛ لقول النبي ﷺ: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ
مَعْلُومٍ»^(١)، فلا بُدَّ مِنَ السلفِ حتى يَصِحَّ العقدُ، سواءً كان السلفُ عَيْنًا أو دينًا،
وهذا أيضًا مما لم يَخْتَلَفْ قولُ الشافعيّ فيه إذا كان عقدُهما باسمِ سَلَمٍ.

وقد ذكرنا في المسألة التي قبل هذه أنَّ عقدَهما لو كان باسمِ بيعٍ غيرِ أنَّ ذلك
شراءُ طعامٍ أو سلعةٍ بوصفٍ في ذِمَّتِهِ أنَّ بين أصحابنا في ذلك اختلافًا:

فمنهم مَنْ يَزْعُمُ أن لا فرقَ بين أن يكونَ عقدُهما باسمِ بيعٍ أو باسمِ سَلَمٍ، ومتى
كان المشتري سلعةً في الذِّمَّةِ لم يَجْز أن يفترقا حتى يَقْبِضَا الثمنَ.

ومنهم مَنْ يَزْعُمُ أنَّ القبضَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إليه قبل الافتراقِ إذا كان عقدُهما باسمِ
سَلَمٍ، فأما إذا كان عقدُهما باسمِ بيعٍ فيجوزُ لهما أن يفترقا قبل أن يَتَقَابِضَا، سواءً
كان ذلك عَيْنًا أو دينًا، وأنَّ افتراقَ الحكمين يتعلق باختلاف اللفظين.

وذكرنا وجه القولين.

فأما إذا كان ذلك باسمِ بيعٍ بثمنٍ في ذمته إلى أجلٍ وافترقا فعقدُهما مفسوخٌ
على جميع الوجوه؛ لأنَّ ذلك دينٌ بدينٍ.

* وأما ما استشهد به المزنيُّ من بيعِ العبدِ بدينٍ إلى أجلٍ أو بعرضٍ موصوفٍ
ولم يَدْفَعِ العبدَ حتى افترقا أنَّ العقدَ جائزٌ = فإذا كان بيعُهما العبدَ بدينٍ في ذمته
ذهبٍ أو ورقٍ فلا يَخْتَلَفُ القولُ أنَّ ذلك جائزٌ، وأنَّ البيعَ لا يَنْفَسَخُ بتأخيرِ القبضِ
إلى أن يفترقا، ولا يكونُ حكمُ ذلك حكمَ السلمِ، وإنما يكونُ حكمُهُ حكمَ السلمِ
إذا كان / المتأخِّرُ سلعةً تُطْلَبُ فيها الأرباحُ، فأما إذا كان المتأخِّرُ الثمنُ وهو

(١ / ٣٧)

(١) سبق تخريجه في مسألة السلف جزافًا.

ذهب أو ورق لم يفسخ البيع؛ لأن المتأخر مما لا تطلب الأرباح فيه، ولا يسمى
 البيع بالتأخير سلماً، ألا ترى أننا نهينا عن بيع السلع حتى قبض؛ لأن ذلك ربح ما
 لم يضمن، وقد أجز لنا إذا وقع البيع بالذهب أن نأخذ بدله ورقاً فنستقل منه إلى
 غيره قبل قبضه؛ لأن الأثمان لا تبغى فيها الأرباح، وإنما يتغى ذلك في السلع،
 فلذلك فرق بينهما، فكذلك إذا كان المتأخر في الذمة سلعة جاز أن يسمى ذلك
 سلفاً ويلزم قبض بدله قبل الافتراق، وأمّا إذا كان المتأخر ذهباً أو ورقاً فلا يسمى
 العقد سلفاً، وإنما يسمى ذلك مدينة ومعاملة، فأمّا السلم فإنما هو اسم يقع على
 ما كان المقصود الذي يطلب فيه الربح متأخراً، ويخرج على وجهين: أحدهما:
 أن يعتبر المعنى، لا الاسم. والثاني: أن يعتبر اختلاف الاسمين. وقد ذكرنا أن على
 كل واحد من القولين دليل من قول الشافعي رحمه الله.

فأمّا إذا كان المتأخر الثمن فلم يختلف قول الشافعي ولا اختلف أصحابنا قبل
 المزني ولا بعده في أن ذلك لا يكون سلفاً ولا يفسد العقد بتأخر القبض إلا أن
 يكون ديناً في الذمة إلى أجل فيصير دينين، فأمّا إذا وقع عقدهما على القبض في
 المجلس فلا يضر تأخر القبض، والله أعلم.



قال المزني رَحِمَهُ اللهُ: يُقَالُ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ: انظُرُوا فِي قَوْلِ مَنْ خَالَفَكُمْ لَا يُبَاعُ الرُّطْبُ بِالرُّطْبِ مِثْلًا / بِمِثْلِ مُتَفَاضِلًا؛ لِمَا ذَكَرْتُمْ مِنْ قَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ: (٣٧/ ب) «أَيَنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا يَبَسَ؟». فَقَالُوا: نَعَمْ^(١). فَنَهَى عَنِ التَّمْرِ بِالرُّطْبِ لِلْمُتَعَقِّبِ، وَقَلْتُمْ: لِذَلِكَ لَمْ نُجِزْ الرُّطْبَ بِالرُّطْبِ؛ لِأَنَّهُ لَا نَذْرِي إِذَا جَفًّا كَيْفَ يَكُونَانِ فِي الْمُتَعَقِّبِ.

فَيُقَالُ لَكُمْ: إِنَّمَا نَهَى عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ التَّمْرِ بِالرُّطْبِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يَابَسُ وَالْآخَرُ رَطْبٌ، وَأَنَّ أَحَدَ الْعَيْنَيْنِ - وَهُوَ الرُّطْبُ - إِذَا جَفَّ نَقَصَ، فَقَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ عِلَّةُ النَّهْيِ عَنِ ذَلِكَ [يَقِينُ^(٢)] نَقْصَانِ الرُّطْبِ عَنِ التَّمْرِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ رُطْبَيْنِ مُسْتَوِيَيْنِ فِي أَنَّهِمَا رُطْبَانِ فَلَيْسَ هُنَاكَ يَقِينُ أَنَّ أَحَدَهُمَا يَنْقُصُ؛ لِأَسْتَوَائِهِمَا فِي الرُّطوبَةِ، وَكَمَا يَكُونُ التَّمْرَانِ أَحَدُهُمَا جَدِيدٌ نَدِيٌّ وَالْآخَرُ قَدِيمٌ أَقْلٌ نَدَاوَةٌ فَيَكُونُ الْمِثْلُ بِالْمِثْلِ جَائِزًا^(٣) لِأَسْتَوَائِهِمَا فِي أَنَّهِمَا تَمْرَانِ، فَكَذَلِكَ الرُّطْبُ بِالرُّطْبِ مُسْتَوِيَانِ فِي أَنَّهِمَا رُطْبَانِ.

وَلَوْ كَانَتِ الْعِلَّةُ نَقْصُ أَحَدِهِمَا عَنْ صَاحِبِهِ بِمُدَّةٍ تَأْتِي عَلَيْهِ لِحَرْمِ بَيْعِ تَمَرِ الْجَدِيدِ الَّذِي فِيهِ رَطوبَةٌ يَنْقُصُ بِمُدَّةٍ تَأْتِي بِتَمَرٍ يَابَسٍ لَا يَنْقُصُ لَتِلْكَ الْمُدَّةِ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا إِذَا يَبَسَ نَقَصَ عَنِ الْيَابَسِ، كَمَا أَنَّ الرُّطْبَ إِذَا يَبَسَ نَقَصَ، فَلَمَّا لَمْ يَحْرَمْ التَّمْرَانِ اللَّذَانِ أَحَدُهُمَا جَدِيدٌ رَطْبٌ وَالْآخَرُ قَدِيمٌ يَابَسٌ لَعَلَّةُ أَنَّهِمَا مُسْتَوِيَانِ فِي أَنَّهِمَا تَمْرَانِ كَانَ كَذَلِكَ لَا يَحْرَمْ الرُّطْبُ بِالرُّطْبِ لَعَلَّةُ أَنَّهُمَا مُسْتَوِيَانِ فِي أَنَّهِمَا رُطْبَانِ، وَاللَّهُ الْمَوْفِقُ.

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٣٥٩) وَالتِّرْمِذِيُّ (١٢٢٥) وَالنَّسَائِيُّ (٤٥٤٥) وَابْنُ مَاجَهَ (٢٢٦٤) مِنْ حَدِيثِ زَيْدِ أَبِي عِيَاشٍ عَنْ سَعْدِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٢) تَصَحَّفَ رَسْمُ الْكَلِمَةِ فِي الْأَصْلِ إِلَى مَا يَشْبَهُ: «تَغِير».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «جَائِز».

ومثل ذلك القمح بالدقيق لا يجوز أن بحال، فإذا كانا قمحين أو دقيقين جازا
 مثلا بمثل، وقد أجزتم الكعك المدقوق بمثله كيلا لما استويا وقد دخل كل
 واحد منهما من الماء والنار والانضاج ما يُجهل، فأجزتموه / لأنهما مُستويان، (١/٣٨)
 والدقيقان اللذان لم يدخل فيهما غيرهما أقرب إلى القمح وأولى بالجواز من
 الكعك المدقوق بالمدقوق مثلا بمثل.

فما تقولون فيمن أدخل عليكم؟ فإن مذهب الشافعي إثبات الحق عن
 التقليد رضي الله عنه.

ونظير ما مضى من امتناعكم من إجازة الرطب بالرطب اللحم الطري باللحم
 الطري، ونظير قوله تجوز اللحم باللحم كما جُوز الرطب بالرطب، وقد قال
 الشافعي: «لو اشترى ثلاثين رطلا لحما بدينار، ودفعه ليأخذ كل يوم رطلا، فكان
 أول محلها حين دفع، وأخره إلى شهر، وكانت صفقة واحدة = كانت فاسدة،
 وردّ مثل اللحم الذي أخذ»^(١). فقد أجاز الشافعي رطلا من لحم بلحم، ولولا أنه
 مثله وزنا بوزن كالذهب والورق وزنا بوزن وكالقمح والتمر كيلا بكيل لوجب
 القيمة فيما استهلك كالثوب يستهلك والفرس يقتل ولا يدخله الوزن ولا الكيل
 ففيه القيمة، أولا تراه يقول: «يرد مثل ما أ تلف إن كان له مثل بكيل أو وزن، وقيمة
 ما لا مثل له في كيل ولا وزن»، فلمّا جعل الشافعي اللحم في هذا الموضع بلحم
 وزنا بوزن كالذهب والورق والقمح والتمر وحرّم رطلا برطلين كما حرّم درهما
 بدرهمين وكيل تمر أو قمح بكيلين، وأجاز في ذلك اللحم باللحم وهما رطبان =
 فكذلك فأجيزوا مدّ رطب بمدّ رطب مثلا بمثل وإن كانا رطبين وتوافقون العلماء
 في ذلك.

(١) انظر «الأم» (٣/٩٩).

وقد أجاز الشافعي رَحِمَهُ اللهُ أَنْ يَشْتَركَ السَّبْعَةُ فِي البدَنِ سِتَّةٌ مِنْهُمْ يُضَحُّونَ وَالسَّابِعُ
جَزَازًا غَيْرَ مُضَحِّيٍّ، / فَكَيْفَ يَقْسِمُونَ لَحْمَهَا أَبَدًا إِلَّا عَلَى الْوِزْنِ؟

(٣٨ / ب)

فَتَفَهَّمُوا ذَلِكَ وَانظُرُوا وَالْطِّفُوا وَقُولُوا بِالْحَقِّ الَّذِي بَانَ لَكُمْ وَصَحَّ فِي عُقُولِكُمْ،
وَدَعُوا التَّقْلِيدَ فَإِنَّهُ خِلَافٌ لِمُعَلِّمِكُمْ، وَعَنْهُ قَدْ نَهَاكُمْ، رَحِمَهُ اللهُ.



قال أبو إسحاق:

الجواب

إِنَّ أَبَا إِبْرَاهِيمَ رَحِمَهُ اللهُ قَدْ أَحْسَنَ فِي عِظَتِهِ وَفِي نَهْيِهِ عَنْ تَقْلِيدِ مُعَلِّمِهِ، غَيْرَ أَنَّهُ لَوْ
اسْتَعْمَلَ ذَلِكَ فِي نَفْسِهِ وَلَمَّا يُقَابِلُهُ بِهِ وَالْطَّفَ النَّظَرَ فِيمَا أَلْزَمَهُ لَعَلِمَ أَنَّ مَا أَلْزَمَهُ لَا
يَلْزَمُهُ، وَأَنَّ الَّذِي ذَكَرَ أَنَّهُ مَذْهَبُهُ وَنَسَبَهُ إِلَيْهِ قَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ عَلَى خِلَافِهِ
وَاحْتَجَّ فِي بَطْلَانِهِ بِمَا لَا يَخْفَى عَلَى مَنْ دُونَ الْمِزْنِيِّ.

تُرَى مَنْ حَكَى لِلْمِزْنِيِّ عَنِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ أَجَازَ الدَّقِيقَ بِالدَّقِيقِ أَوِ الْكَعْكَ بِالْكَعْكَ
مَذْقُوقَانِ؟ مَنْ نَسَبَ ذَلِكَ إِلَى الشَّافِعِيِّ فَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ مَا نَصَّ عَلَى خِلَافِهِ، وَمَا لَا
يُوجَدُ لَهُ فِي شَيْءٍ مِنْ كُتُبِهِ، وَلَا هُوَ مِمَّا يُخَرِّجُ عَلَى مَذْهَبِهِ.

وَكَذَلِكَ لَمْ يَخْتَلَفْ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي بَيْعِ اللَّحْمِ بِاللَّحْمِ: إِنَّ ذَلِكَ رَبًّا إِذَا كَانَ
رَطْبَيْنِ، وَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ حَتَّى يَجِفَّ، كَمَا قَالَ ذَلِكَ فِي الرُّطْبِ
بِالرُّطْبِ، وَلَمْ يَجْعَلِ الشَّافِعِيُّ قَطُّ اللَّحْمَ بِاللَّحْمِ مِثْلَ الْوَرِقِ بِالْوَرِقِ وَلَا مِثْلَ الذَّهَبِ
بِالذَّهَبِ فِي بَابِ الرِّبَا، وَإِنَّمَا يُجِيزُ الشَّافِعِيُّ السَّلَمَ فِي اللَّحْمِ وَزَنًا، وَلَيْسَ كُلُّمَا جَازَ
السَّلَمُ فِيهِ جَازَ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُجِيزُ السَّلَمَ فِي الرُّطْبِ وَلَا يُجِيزُ
الرُّطْبَ بِالرُّطْبِ مُتَمَاثِلَيْنِ فِي بَابِ الرِّبَا؛ لِأَنَّ الرِّبَا الْأَمْرُ فِيهِ أَضْيَقُ مِنْ أَمْرِ السَّلَمِ.

وكذلك ليس كُلُّما أجاز فيه السَّلَمَ أوجب فيه مثله إذا أُتلفَ، ولكن في بعض ذلك / إذا أُتلفَ ففيه مثله، مثل الطعام والزَّيْتِ وما كان في معناه، ومنه ما إذا أُتلفَ (١/٣٩) كان فيه قيمته، وذلك مثل الحيوان من الإبل والبقر والغنم، ومثل الدقيق، يُجيزُ السَّلَمَ في جميع ذلك؛ لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه قد استسلفه وصار بدَلُ ذلك في ذِمَّتِهِ، ولو أُتلفَ ذلك مُتلفٌ لكان فيه قيمته.

فهذه أصولُ الشافعيِّ قد خلطها أبو إبراهيم وضربَ بَعْضُها ببَعْضٍ، والوجهُ في ذلك تمييزُ الأصولِ وتقريرُها، وإلحاقُ فرعٍ كُلِّ أصلٍ به، ولا يُنقلُ إلى غيره.

وكذلك ما ذكره في أصولٍ ما فيه الربا فما ذكره أنَّه مذهبه فليس ذلك بمذهبه ولا يَنقاسُ على أصوله، بل أصلُ الشافعيِّ فيما فيه الربا واحدٌ مما أُخذَ فيه بالمماثلة^(١) وكان لذلك حالٌ ووقتٌ يُدَّخَرُ عليه ويبقى فتلك الحالُ هي المعتبرةُ في باب المماثلة، فمتى ما تقدَّم صاحبه قبل أن يصير إلى تلك الحالِ فاستعمل المماثلة فيه وهو مما إذا صار إلى تلك الحالِ قد لا يكونا متماثلين، أو أخذتَ فيه بعد أن صار إلى تلك الحالِ حادثةً غيَّرتَه عن صفته ثم استعمل المماثلة فيه في حالٍ حَدَثَ بعد الحالِ الذي يُدَّخَرُ عليه ويجوزُ أن لو كان بحاله المتقدِّمِ كانا مُتفاضِلين وإن كانا الآن مُتماثلين = فذلك رِبَا، هذا أصله.

والحالُ الذي يُدَّخَرُ عليه التمرُ إذا صار تمرًا، وهي الحالُ التي نَصَّ النبيُّ صلى الله عليه في باب الربا في المماثلة فيه، فإذا تقدَّم قبل ذلك فباعه رُطبًا برُطبٍ أو رُطبًا بتمرٍ ويعلمُ أنَّهما وإن كانا مُستويين في الحالِ لم يدُلَّ ذلك على استوائهما في / الحالِ التي أُخذنا فيها بالمماثلة = فذلك رِبَا، فلا فرقَ بين أن يكونَ ذلك رُطبًا برُطبٍ أو رُطبًا بتمرٍ؛ لأنَّهما مَجْهُولَي المتعقَّبِ. (٣٩/ب)

(١) أشار في هامش الأصل إلى أن في نسخة أخرى: «وأخذنا فيه بالمماثلة». بدل: «مما أخذ فيه بالمماثلة».

ولو جاز الرطب بالرطب لأنه لا يُدْرَى إذا صارَا تمرًا أنَّهما متفاضلين لجاز أحدهما بالآخر جزًا فالأنا لا نُدْرِي أنَّهما متفاضلين، فلمَّا لم يَجْزِ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ حَتَّى يَأْتِيَ بِمَا يُعْلَمُ أَنَّهما مُتَسَاوِيَيْنِ، ومَعْرِفَتُهُ فِي أَنَّهما مُتَفَاضِلَيْنِ وَجْهْلُهُ بِذَلِكَ سَوَاءٌ فِي أَنْ ذَلِكَ رَبًّا، فَكَذَلِكَ الرطب بالرطب جهْلُهُ بِأَنَّهما إذا صارَا تمرَيْنِ هَلْ هُمَا مُسْتَوِيَانِ أَوْ مُتَفَاضِلَانِ يُوجِبُ بُطْلَانَ ذَلِكَ.

وكذلك إذا صار تمرًا ثُمَّ عَمِلَ مِنْهُ خَلًّا أَوْ رَبًّا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا يُعْمَلُ مِنْهُ ثُمَّ بَاعَ بَعْضُ ذَلِكَ بِبَعْضٍ كَانَ ذَلِكَ رَبًّا؛ لِأَنَّ اسْتَوَاءَهُمَا وَهُمَا خَلَّانِ لَا يَدُلُّ عَلَى اسْتَوَائِهِمَا لَوْ كَانَ خَلَّانِ^(١).

وكذلك الحنطة قد أُخِذَ عَلَيْنَا الْمِمَّاثِلَةُ فِيهَا وَهِيَ حَنْطَةٌ، فَإِذَا عَمِلَ مِنْهَا دَقِيقًا أَوْ سَوِيقًا أَوْ خُبْزًا أَوْ كَعْكًا لَمْ يَجْزِ بَيْعُ بَعْضِ ذَلِكَ بِبَعْضٍ؛ لِأَنَّ اسْتَوَاءَهَا فِي هَذَا الْوَقْتِ لَا يَدُلُّ عَلَى اسْتَوَائِهَا فِي حَالِ مَا هِيَ حَنْطَةٌ.

وهذا أصلُ الشافعيِّ لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ فِي الرطب والتمر والحنطة وَمَا يُعْمَلُ مِنْهُمَا، وَلَمْ يَقُلْ بِخِلَافِهِ فِي قَدِيمٍ وَلَا جَدِيدٍ.

* فَأَمَّا مَا حَكَاهُ الْمَزْنِيُّ مِنْ بَيْعِ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ أَوْ الْكَعْكِ بِالْكَعْكِ = فَمَعَاذَ اللَّهِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَذْهَبَهُ، وَالْدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ مَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْمَزَابَنَةِ وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا أَنْ تُبَاعَ بِخَرْصِهَا تَمْرًا^(٢)،

(١) هكذا في الأصل.

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٨٣ و ٢٣٨٤) ومسلم (١٥٤٠) واللفظ له من حديث بشير بن يسار، عن بعض أصحاب الرسول ﷺ من أهل دارهم، منهم سهل بن أبي حثمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ الثَّمْرِ بِالتَّمْرِ، وَقَالَ: «ذَلِكَ الرِّبَا، تِلْكَ الْمَزَابَنَةُ». إِلَّا أَنَّهُ رَخَّصَ فِي بَيْعِ الْعَرِيَةِ، النَّخْلَةِ وَالنَّخْلَتَيْنِ يَأْخُذْهَا أَهْلُ الْبَيْتِ بِخَرْصِهَا تَمْرًا، يَأْكُلُونَهَا رَطْبًا. وَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٢٣٨٠) وَمُسْلِمٌ (١٥٣٩) مِنْ حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَخَّصَ فِي الْعَرِيَةِ يَأْخُذْهَا أَهْلُ الْبَيْتِ بِخَرْصِهَا تَمْرًا يَأْكُلُونَهَا رَطْبًا.

(١/٤٠) وفي بعض الأخبار: أن تُباع بخرصها تمرًا أو رطبًا، فقد طالب بالخرص في الرطب كما طالب في التمر وسوى بين بيع الرطب بالتمر وبين بيع الرطب بالرطب / في أن أوجب الخرص فيهما ونظر إلى المتعقب وطالب بمماثلتهما في حال ما يصيرا تمرًا، فقد أتت السنة نصًا بخلاف ما قاله المزني وخلاف ما قال أهل العراق، وذلك دليل على صحة ما قاله الشافعي رحمه الله.

ولو كان الرطب صنفًا والتمر صنفًا حتى يُعتبر بالمماثلة في كل واحد منهما لكان ذلك يؤدي إلى أن يصيرا صنفين ويجوز أحدهما بالآخر، وكان هذا أشبه مما أتى به المزني.

وقد حكى حسين الكرابيسي عن الشافعي رحمه الله جواز بيع الحنطة بال دقيق وذكر أنهما صنفان مختلفان، وأن الدليل على ذلك أنه لو حلف أن لا يأكل حنطة فأكل دقيقًا أنه لا يحنث، وهذا أيضًا عندنا فليس بمذهب الشافعي، وهو غلط عليه، غير أنه في الغلط أقرب مما أتى به المزني رحمه الله.

* وأما ما استشهد به المزني من التمرين الحديث والعتيق أنه يجوز أحدهما بالآخر وإن كان الحديث ينقص = فإن هذا يلزمه بعينه في التمر بالرطب.

فإن قال: أجز ذلك في التمر لأن اسمهما واحد. قيل: فيلزمك أن تجيز التفاضل في التمر بالرطب لأنهما اسمين مُفترقين فيصيرا جنسين كالتمر مع الحنطة.

وما أنكرت ممن قال: إنما أجز التمر الجديد والعتيق لأن ما ينقص التمر بعد أن يصير تمرًا لا يضبط ولا نهاية له وذلك معقول^(١) لاتفاق الاسمين، ألا ترى أننا نجيز التمر بالتمر مثلاً بمثل وإن كان أحدهما نواه على الضعف من نوى الآخر

(١) في الأصل: «معقولا».

ولحم أحدهما على النصف من لحم الآخر، ومعنى ذلك أن ذلك / شيء لا (٤٠ / ب) يُضَبَطُ، ولو أخذنا بذلك لمُنْعًا من بيع التمر بالتمر، فكذلك ما بينهما من النداءة، وأما فضل ما بين الرطبَيْن وجهلنا بمقدار ما ينقص من كُلِّ واحدٍ منهما فذلك مما يُضَبَطُ، وقد أخذنا به عندنا وعندك بقوله: «أينقص الرطب إذا يس؟»، فيكون المعنى المفرق بينهما لا اتفاق الاسمين ولا اجتماعهما، ولكن المعنى المفرق بينهما ما يُضَبَطُ مما لا يُضَبَطُ، وما لو أخذنا به لمنع من المماثلة في كُلِّ حالٍ، ولو كان مقدار ما ينقص من الرطب لا يُعرف أو يشق ضبطه لما أخذنا بذلك في ربّا ولا زكاة، وكان سبيل الزكاة أن تؤخذ رطبًا، فلمّا روي عن النبي صلى الله عليه أَنَّهُ قال: «يُخْرَصُ الكرم كما يُخْرَصُ النخل ثُمَّ تُؤْخَذُ زكاته زبيبا كما تُؤْخَذُ زكاة النخل تمرًا»^(١) فأمر أن لا تؤخذ الزكاة رطبًا حتى يصير تمرًا علِمَ بذلك أن ذلك حال الادّخار وكمال المنافع لمن يصير ذلك إليه، ولا مشقة في ضبط نقصانه، فلذلك أخذوا به، فأما فرق ما بين التمرين لنداءة أو لغلظ نواة أو غير ذلك فذلك مما لا يمكن ضبطه، ولم نؤاخذ به، وهو مما لا تنازع فيه فيشتغل بذكره.

* وأما ما حكاه عن الشافعي من شرى اللحم إلى آجالٍ أن ذلك باطلا، وما أخذه ردّ مثله = فإن مقصد الشافعي في ذلك فساد البيع لأنّه إلى آجالٍ، لا عين ما يردّ، على أن الشافعي لم ينص على أنّه أسلفه دينارًا في ثلاثين رطلا لحم رطب دون أن يكون يابسًا فيكون ذلك جائزًا على مذهبه، فأما اللحم الرطب فلم يختلف قوله فيمن أتلّف ذلك على غيره أن عليه قيمته لا مثله، وكل شيء فيه قيمته لا مثله

(١) أخرجه أبو داود (١٦٠٣) والترمذي (٦٤٤) والنسائي (٢٦١٨) من حديث عتاب بن أسيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: أمر رسول الله ﷺ أن يخرص العنب كما يخرص النخل، وتؤخذ زكاته زبيبا كما تؤخذ صدقة النخل تمرًا.

(١١ / ٤١) فلا يجوز في الربا مثلاً بمثل، وإنما تجوز المماثلة فيما إذا أُتلفَ كان / فيه مثله لا قيمته، وكذلك الرطب إذا أُتلف فعلى المتلف قيمته، وكذلك الخبز والدقيق، فهذا مذهب الشافعي رحمه الله.

* وأما ما حكاه عنه في اشتراك السبعة في البدنة = فلم يُجزِ الشافعي ذلك بجواز المماثلة ولا إمكان القسمة وزناً، وإنما أجاز ذلك مُشاعاً على أن يُوكَّلوا واحداً حتى يُسَلَّم ذلك إلى المساكين مُشاعاً، فإذا صار ذلك بين المساكين باعوا جميعاً وأخذوا ثمنه، وكذلك إن كان بعضهم صاحب لحم سَلَّم إلى المساكين حَقَّهُم مُشاعاً وصاروا شُرَكَاء لصاحب اللحم، ثُمَّ إن شاءوا باعوا أو أَكَلُوا جميعاً أو جَفَّفُوا ثُمَّ قَسَمُوا ذلك بينهم بالوزن، فأما على أن يتقاسموا ذلك رطباً فذلك غير جائز على مذهبه، والله أعلم.



٩ مسألة [اختلاف المتبايعين في الثمن]

قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: إذا تبايعا عبدًا، فقال البائعُ: بألفٍ، وقال المشتري: بخمس مئة = فالبايع مُدَّعي لفضلِ الثمنِ، والمشتري مُدَّعي للسلعة بأقلَّ من الثمنِ، فيتحالفان، فإذا حلَّفا معًا قيل للمشتري: أنت بالخيارِ في أخذها بألفٍ أو ردِّها ولا يلزمك ما لا تُقرُّ به، وأَيُّهما نكَلَ عن اليمينِ وحلَّفَ صاحبه حُكِمَ له، وإذا حكم النبيُّ صلى الله عليه وهما متصادقان على البيعِ ومختلفان في الثمنِ بنقضِ البيعِ وَوَجَدْنَا الْفَائِتَ فِي كُلِّ مَا نُقِضَ فِيهِ الْقَائِمُ مُتَقِضًا فعلى المشتري ردُّه إن كان قائمًا، وقيمتَه إن كان فائتًا، كانت أقلَّ من الثمنِ أو أكثرَ.

قال المزني: يقولُ صارًا في معنى مَنْ لَمْ يَتْبَاعَا، فَيَأْخُذُ الْبَائِعُ عَبْدَهُ / إن كان (٤١/ ب) قائمًا، أو قيمته مُتَلَفًا.

قال الشافعي: فَرَجَعَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ إِلَى مَا قُلْنَا وَخَالَفَ صَاحِبِيهِ وَقَالَ: لَا أَعْلَمُ مَا قَالَا إِلَّا خِلَافَ الْقِيَاسِ وَالْمَعْقُولِ وَالسُّنَةِ، إِذَا تَنَاقَضَا وَالسُّلْعَةُ قَائِمَةٌ تَنَاقَضَا وَهِيَ فَائِتَةٌ؛ لِأَنَّ الْحَكَمَ أَنْ يُفْسَخَ الْعَقْدُ، فَقَائِمٌ وَفَائِتٌ سَوَاءٌ^(١).

قال المزني: إذا كان عند الشافعيِّ ومحمد بن الحسنِ أَنَّهُمَا تَنَاقَضَا بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ الْفَوْتِ، وَمَحَالٌّ أَنْ يَمُوتَ عَبْدُ الْمَشْتَرِيِّ وَهُوَ لَهُ ثُمَّ يَنْتَقِلَ مِلْكُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَفَنَائِهِ^(٢) إِلَى الْبَائِعِ، فَمَعْنَاهُمَا أَنْ يُتَقَضَّ الْحَكْمُ فِي الْعَقْدِ، لَا أَنْ^(٣) الْمِلْكُ فِي الْمَيْتِ يَنْتَقِضُ، وَكَيْفَ يَنْتَقِضُ وَقَدْ فَنِيَ، وَلَكِنَّ الْحَكْمَ يَنْتَقِضُ فَيَكُونُ حَكْمُهُ

(١) انظر «المختصر» للمزني (فقرة: ١١١٦-١١١٧).

(٢) في الأصل: «وقيامه».

(٣) في الأصل: «إلا أن» ثم حول إلى المثبت.

حكم بيع فاسد وكأنه لم يزل في ملك البائع، ولا يستحيل أن يحدث حكماً في ثاني ولا يحدث ملكاً في ثاني.

وإذا جاز هذا هكذا فينبغي أن يكون معنى الحكم في ذلك أن يكون على المشتري مهر مثلها إن كان وطئها، وغرم غلة النخل ونتاج الماشية والبانها؛ لأنها في الحكم في معنى من لم يبعها، ويلزم في الاستقصاء في هذا القياس أن يكون المشتري لو اعتقها أو باعها أن يبطل عتقها وبيعها؛ لأن العقد في الحكم قد انتقض وكأنها لم تخرج من ملك البائع فيبطل عتقها لها وبيعها إيّاها، وقد ولدت أولاداً من زوجها أن يملك البائع أولادها وقد ولدوا في ملك المشتري، وكذلك ما مضى من نجاج الماشية وغلة النخل والشجر في غير ذلك.

وكذلك لو كان المشتري أعتق العبد وصار له ولد قبل أن يختلفا / ويتحالفا (١ / ٤٢) فقتله رجل عمداً فأقيد منه ثم تناكرا واختلفا انتقضت الدية وانتقض القود وصار القاتل مقتولاً.

فهذا عندي قياس هذا القول إذا كان الحكم في نقض العقد قائماً وفائتاً سواء، وكذلك المملك لم يزل للبائع، فتفهم ذلك واغرفه واستعمل ذهنك ما تمكنت فيه، فما استثبت الحق فيه عملت به إن شاء الله، وقياس الكوفي يسلم من هذا كله؛ لأنه لا يحلفهما إلا على قائم بعينه، فإذا فات أو مات العبد فالقول قول المشتري في الثمن؛ لأن البائع يدعي عليه زيادة الثمن، فيحلف ويبرأ.



قال أبو إسحاق:

الاجواب

إن القياس في هذه المسألة ما قاله الشافعي رحمه الله وما رجع إليه محمد بن الحسن، وجملة ذلك أن المعاني الموجبة لفسخ البيع على ضربين:

ضرب منه حدث بعد تمام العقد، لم يكن في حال العقد.

وضرب منه كان في العقد غير أنهما لم يعلما به^(١) فوقع التدليس به، فإذا وقف عليه في ثاني وكان من المعاني الموجبة لفسخ البيع من أجله لم يضر أن يكون ذلك بعد تلفه؛ لأننا إذا فسخنا فكأننا تبييناً بالفسخ أن العقد لم يكن وأنه في حال الحياة كان على ملك صاحبه، لا أنه كان على ملك المشتري ثم انتقل إلى ملك البائع بعد الموت؛ لأن سببه الموجب لفسخه معنى كان في عقد البيع، وهو مقدار الثمن، فلذلك لم يضر أن يكون يمينهما وفسخهما بعد تلف السلعة.

ومثل ذلك يكون في العيب يدلس في البيع باتفاق، / وهو أن يبيع سلعة بسلعة (٤٢/ ب) فيجد أحد المشتريين بالسلعة التي اشترى عيباً والسلعة في يده وقد تلفت سلعته التي باعها فلا خلاف أن له أن يفسخ البيع بعد تلف سلعته، فإن وجد سلعته أخذها، وإن لم يجد فقيمتها، وهذا مما لا تنازع فيه.

هذا مع أن الكل متفقين على أن حكمه في الملك على السلعة المعيبة حكم الملك على غير المعيب إلى أن يفسخ البيع، وأن خراجته وغلته لمالكه إلى أن يفسخ البيع، وليس عليه أن يرد من ذلك شيئاً.

(١) يحتمل أن تقرأ: «لم يعلمانه».

وقد قال الشافعي نظير ذلك فيمن أعتق ستة مملوكين له في مَرَضِهِ الذي مات فيه ولا يملك غيرهم، أو أعتقهم بعد موته [عن تدبير^(١)]، أَنَّهُ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ^(٢)، فَمَنْ خَرَجَتْ قَرَعَتُهُ عَتَقَ، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَ الْأَحْيَاءِ وَالْمَوْتَى؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ قَدْ سَبَقَ الْمَوْتَ، وَوَجُوبُ الْقَرَعَةِ قَدْ سَبَقَ ذَلِكَ، فَلَا يَضُرُّ إِيقَاعُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّ إِيقَاعَهُ إِذَا خَرَجَ عَلَيْهِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ حُرًّا فِي حَيَاتِهِ؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ قَدْ تَقَدَّمَ.

فكَذَلِكَ الْمَتَبَايِعَانِ إِذَا تَأَخَّرَ ثَمَنُهُمَا حَتَّى تَلَفَتِ السَّلْعَةُ لَمْ يَضُرْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْيَمِينِ قَدْ تَقَدَّمَ الْمَوْتَ، وَسَبِيلُهُمَا إِذَا حَلَفَا وَفُسِّخَ بَيْعُهُمَا فَكَأَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَقَعْ وَكَأَنَّ الْمُشْتَرِيَ كَانَ مُتَمَسِّكًا بِالسَّلْعَةِ عَلَى شَرَى فَاسِدٍ، وَهِيَ مَضْمُونَةٌ، وَسَبِيلُهُ سَبِيلُ الْغَاصِبِ فِيمَا عَدَا الْمَأْتَمَّ وَحَرِيَّةِ الْوَلَدِ، فَأَمَّا فِي ضَمَانِهَا إِنْ تَلَفَتْ وَغَرَامَةِ مَهْرٍ مِثْلِهَا إِنْ وَطِئَتْهَا وَإِجَارَةِ مِثْلِهَا مَدَّةً مَقَامِهَا فِي يَدِهِ فَحُكْمُهَا فِي جَمِيعِ ذَلِكَ حُكْمُ الْغَاصِبِ.

* وما أتى به المزني في ذلك من / إبطال حرّيته وإبطال بيع المشتري وسائر ما ذكره من رِقِّ الولد إن أثبت به = فإنما قصد به إلى التشنيع، لا إلى تخريج المسألة، ولا إلى إقامة حُجَّةٍ، والأمر في بعض ما ذكره كما ذكر، ولا تشنيع في ذلك؛ لأنَّ ما أوجَبَتْهُ الْأَصُولُ غَيْرُ مُسْتَقْبَحٍ، وفي بعض ذلك فليس الجواب كما ذكره على أصول الشافعي وعلى أصول من قال معه ما حكاه المزني، وقد ذكرنا الجواب في كُلِّ مَسْأَلَةٍ أَتَى بِهَا مُفَصَّلًا، ما وافق جوابه جواب الشافعي وأهل المدينة فقد ذكرناه، وما خالفهم فيه فقد بيَّناه.

(١) في الأصل: «غير تدبير».

(٢) أخرجه مسلم (١٦٦٨) من حديث عمران بن حصين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ، فَدَعَا بِهِمْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَجَزَأَهُمْ أَثْلَانًا، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرْقَ أَرْبَعَةَ، وَقَالَ لَهُ قَوْلًا شَدِيدًا.

وحدود الأمر في هذه المسألة أن التسليم في البيع ينسب إلى موجب التبرير
 من موجب موهبة في هذه المسألة، وذلك لتسليم موجب التبرير، هو موجب التبرير
 من موجب ذلك التسليم، فذلك هو، نعم أن يحذف.

وحدود ذلك من تلك المسألة أن التسليم في البيع ينسب إلى موجب التبرير
 من موجب موهبة في هذه المسألة، وذلك لتسليم موجب التبرير، هو موجب التبرير
 من موجب ذلك التسليم، فذلك هو، نعم أن يحذف.

وتمت عند ذلك من التسليم في البيع ينسب إلى موجب التبرير
 من موجب موهبة في هذه المسألة، وذلك لتسليم موجب التبرير، هو موجب التبرير
 من موجب ذلك التسليم، فذلك هو، نعم أن يحذف.

(١٣/٢)

لا ترى أن فرقنا بين تلك المسألة وبين مسألتها التي خرجت عن يده،
 فجعلنا في فسخ البيع بعد تلك المسألة؛ لأن لا عوض له من فسخه، ولم نجعل
 في فسخه بعد تلك المسألة؛ لأن أرشها يقوم مقام رده، ولعل ذلك أنفع له
 ويبلغ فيه قصد من استردك ضلالتيه، فجعلنا عليه الاقتصار على أرش العيب.

ومن ذهب إلى ما رجع إليه محمد، فإن شاء المزي حمله الأمر فيه على
 ذلك نقض البيع من جهة الحكم، لا أن ذلك يتنقل حقيقة، وإن شاء حمله
 الأمر على أنه فسخ^(١) حقيقة، لا على معنى أنه فسخ في ذلك الوقت، ولكن يبين

(٢) في الأصل: «فسخ».

(١) في الأصل: «نقض».

به أنه كان مُنْفَسِخًا مِنْ أَصْلِهِ، حتى لا يَضُرَّ حدوثُ الموتِ، كما قلنا في القرعة أنه لا يَضُرُّ تأخُّرُ وقوعِها حتى يموتَ بعضُ العبيد ولا يمنع ذلك من إيقاع القرعة لأنَّ إيقاعها يَتَبَيَّنُ به حرِيَّتُهُ مِنْ يَوْمِ مات الموصي.

* وقوله: ينبغي أن يكونَ في الحكمِ على المشتري مهرٌ مِثْلُهَا، وَغُرْمُ غَلَّةِ النخلِ ونتاج الماشية وألبانها = فالجوابُ في ذلك كما قال، وكذلك ما ذكر «أنَّ القياسَ أن يكون المشتري لو أَعْتَقَهَا أو باعَهَا أن يبطل عتْقُها وَيَبْعُهَا» فالجوابُ في العتقِ كما قال، وكأنَّه أعتق من لم يملك، وباع ما لا يملك، غير أنه في الحكم إذا كان مالكا للعبد فأعتق أو باع أو أَجَّر أو أَرَهَنَ ويُدَّه على العبدِ ثابتةٌ وتَصَرُّفُهُ فيه تَصَرُّفُ المَالِكِينَ ثُمَّ أَظْهَرَ خلافاً بينه وبين من ذَكَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ فِي الثَّمَنِ وَتَجَاحَدَا وَتَحَالَفَا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا فِي إِبْطَالِ عِتْقٍ وَلَا بَيْعٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَيْءٌ قَدْ جَرَى عَلَى الصَّحَّةِ، وَقَوْلُهُمَا فِي إِبْطَالِ / ذَلِكَ لَا يُقْبَلُ، فَكَانَتْهُمَا تَحَالَفًا وَقَدْ تَلَفَتِ السَّلْعَةُ، فَسَبِيلُ الْبَائِعِ أَنْ يَرْجَعَ بِقِيمَتِهَا. (١ / ٤٤)

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِنَّ الْقِيَاسَ عَلَى أَصْلِهِ إِذَا بَاعَهَا فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا أَنْ يَمْلِكَ الْبَائِعُ أَوْلَادَهَا وَقَدْ وَلَدُوا فِي مِلْكِ الْمَشْتَرِي = فَهَذَا لَا يُخَرَّجُ عَلَى أَصْلِ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ الْمَشْتَرِي إِنَّمَا وَطِئَ عَلَى أَنَّ وَلَدَهُ حُرٌّ، فَخُلِقُوا أَحْرَارًا، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُرَدُّوا إِلَى الرِّقِّ، وَلَكِنْ عَلَى الْمَشْتَرِي قِيمَتُهُمْ، وَيَرْجَعُ الْمَشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ إِذَا غَرِمَ ذَلِكَ، وَالْبَائِعُ الْأَوَّلُ مُخَيَّرٌ إِذَا فَسَخَ الْبَيْعَ، إِنْ شَاءَ طَالِبُ الْمَشْتَرِي مِنْهُ، وَإِنْ شَاءَ طَالِبُ الْمَشْتَرِي الثَّانِي، هَذَا إِذَا صَحَّ أَنَّهُ يُفْسَخُ الْبَيْعُ بِيَمِينِهِمَا، وَإِلَّا فَفِي الْأَصْلِ أَنْ لَا يَفْسَخَ بَيْعٌ قَدْ صَحَّ فِي الظَّاهِرِ بِقَوْلِهِمَا إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ الْمَشْتَرِي بِأَصْلِ شِرَائِهِ وَالْخَلْفِ الَّذِي بَيْنَهُمَا فَيُلْزِمُهُ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ، وَإِنْ كَانَتْ الْجَارِيَةُ زُوجَتْ فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا ثُمَّ انْفَسَخَ الْبَيْعُ فِي الْأُمِّ وَتَبَيَّنَ أَنَّ مِلْكَهَا لِلْبَائِعِ صَارَ وَلَدُهَا مِثْلَ غَلَّةِ النَّخْلِ وَنِتَاجِ الْمَاشِيَةِ.

وكذلك ما قاله المزنيُّ في المشتري إذا أعتق العبدَ وقتلَهُ رجلٌ فأُقيِدَ منه أو أُخِذَت الديةُ ثم تحالفا لم يُقَبَّلَ يمينُهُما في إزالة شيءٍ من ذلك [بعد وجوبه^(١)]، إلا أن يكون ذلك متعلقا بإقرار المشتري إن كان هو الوارث للعبد، وإن كان وارثه غيره لم يُقَبَّلَ قولُ المشتري في ذلك؛ لأنَّ في ذلك إبطالَ حقِّ غيره، فهذا قياسُ قول الشافعي رَحِمَهُ اللهُ.

* وأما إتيانُ المزنيِّ بهذه المعاني لِيُشَنَعَ بها على الشافعيِّ، وذكرَ أنَّ أهلَ العراقِ قد سَلِمُوا من هذا كُلِّهِ لأنَّه لا يُحَلِّفُهُما إلا على / قائمٍ بعينه، فإذا فات أو مات العبدُ فالقولُ قولُ المشتري في الثمن = فهذا مما لا معنى له؛ لأنَّ السَّليَمَ مَنْ قال بما وافق الأصول، ولم يطعن المزنيُّ على الشافعيِّ أنَّه خرج عما أوجبته الأصول، وقد قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ وجهَ القياسِ فيه، وإن كان ما ذكره شناعةً على الشافعيِّ فعلى أهلِ العراقِ مثله؛ لأنَّهم يَحْكُمُوا بفسخِ جميعِ ذلك إذا كانت السلعةُ قائمةً، والشناعةُ إن كانت تَلْحَقُ فإنَّما تَلْحَقُ برفعِ هذه الأحكامِ بعد ثبوتها، وجميعُ ما ذكره من مهرٍ وأجرةٍ وعتقٍ وردٍّ ولدٍ في الرِّقِّ ما عدا القتلَ فإنَّا وأهلَ العراقِ في ذلك واحدٌ؛ لأنَّ الأعيانَ قائمةٌ والمشتري بحاله، فإن جاز أن يفسخَ جميعَ ذلك ولا شناعةً على الجميعِ فأمرُ الديةِ كواحدٍ منها، وإن كان في بعضِ ذلك شناعةٌ فهي على الجماعة، فمن أين سَلِمَ أهلُ العراقِ من ذلك لولا قلةُ النَّصْفَةِ؟

فإن قيل: لو جاز في المتحالفين أن يُرْفَعَ العقدُ من أصلِهِ لأنَّ ذلك معنى في العقدِ لكان ذلك في العيبِ أوجبَ؛ لأنَّه شيءٌ قد دُلِّسَ له في أصلِ العقدِ، والمتحالِفان^(٢) فلا يُدْرَى الظالمُ هو البائعُ أو المشتري، وفي العيبِ قد علمنا أنَّ المشتري هو المظلومُ، وأنَّ ذلك المعنى الذي أوجبَ الفسخَ كان في عقدِ البيعِ، فرفعُ ذلك من

(٢) في الأصل: «والمتحالفين».

(١) في الأصل: «بعد في وجوهه».

أصله أولى = فالجواب عن ذلك: إنَّ ملكَ المشتري وإن كان قد دُلَّسَ له بعيبٍ صحيحٌ إلى أن يَخْتَارَ الفسخَ فيَنْقَسِحُ مِنْ / وقته، ولا يجوزُ أن يُقالَ في العيبِ إذا فسخَ أن يرتفعَ ذلك مِنْ أصله كما يقالُ ذلك في المتبايعين إذا اختلفا في الثمن^(١).

والفرقُ بينهما: أنَّ المشتري مظلومٌ، وفي رفعِ أصلِ العقد عليه فيه ضررٌ مضافٌ إلى الضرر الذي وقع عليه التدليسُ، ومنفعةُ ذلك إذا رفعناه مِنْ أصله يَرْجِعُ إلى بائعه وهو الظالمُ المدلَّسُ؛ لأنَّنا إذا طالبناه أن يرفعَ العقدَ ويستدركَ ظلامته فلعلَّه اليسيرُ مِنْ ثَمَنِهِ، وما يلزمه مِنْ مهرٍ وقيمةٍ وأجرةٍ مثلٍ وردَّ غَلَّةٍ ونتاجٍ ماشيةٍ فلعلَّ ذلك أضعافُ ما يَسْتَدْرِكُهُ مِنْ ظَلامَتِهِ، فإذا عَلِمَ أَنَّهُ إذا طالب بالفسخِ من أجلِ النقصِ لَزِمَهُ أضعافُ ما يَسْتَدْرِكُهُ كَفَّ عن المطالبةِ وَلَزِمَتْهُ الظلامةُ شاءَ أو أبى، وكلُّ ظلامةٍ لم يَتَخَلَّصْ مِنْهُ إِلَّا بأضعافٍ ضرره لم يَتَخَلَّصْ مِنْهُ، فأدَّت الضرورةُ مِنْ أَجْلِ ما ذكرنا أنَّ علينا إيصاله إلى استدراكِ ظلامته أن نجعلَ ذلك فسخاً مُستأنفاً لِمَا يلحقه في الوجه الثاني.

وأما المتبايعان^(٢) فلا يُعرفُ الظالمُ مِنَ المظلومِ منهما، ويذكرُ كُلُّ واحدٍ منهما أَنَّهُ مظلومٌ وأنَّ صاحِبَه الظالمُ، ولم يصحَّ عندنا ذلك؛ لأنَّنا لو عرفنا المظلومَ لأنصفناه مِنَ الظالمِ واستغْنينا بذلك عن الفسخِ، وإنَّما فُسِّخَ للإشكالِ.

وفي العيبِ إنَّما حَكَمْنَا له بالفسخِ بعد أن عَلِمْنَا أَنَّهُ مظلومٌ، ألا تَرى أَنَّهُ إذا أَشْكَلَ أمرُ العيبِ هل كان قبلَ البيعِ أو بعده لم يُحْكَمْ بالفسخِ، فلما كان حكمُ الفسخِ في العيبِ متعلقاً^(٣) بمعرفتنا بحالِهِ أَنَّهُ مظلومٌ وجب أن يُجرى أمرُهُ على ما يُؤدِّي إلى / الوصول إلى ظلامته.

(٢) في الأصل: «المتبايعين».

(١) في الأصل: «اليمين».

(٣) في الأصل: «متعلق».

وَأَمَّا الْمُتَبَايِعَانِ^(١) فَأَيُّهُمَا لِحَقِّهِ الضَّرَرُ فِي فُسْخِهِ وَفِي جَرِيَانِ الْحَكْمِ عَلَيْهِ لَمْ يُعْلَمْ بِذَلِكَ حَمَلًا عَلَى ظَلَمٍ^(٢)، وَمَعَ ذَلِكَ فَإِنَّ مَذْهَبَنَا إِذَا تَحَالَفَا أَنْ يُخَيَّرَ الْحَاكِمُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ الْمُشْتَرِي بِمَا قَالَهُ الْبَائِعُ أَوْ يَفْسَخَ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ، وَإِلَّا خَيَّرَ الْبَائِعَ بَيْنَ أَنْ يُسَلِّمَهُ بِمَا قَالَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ يَفْسَخَ، وَإِذَا فَعَلْنَا ذَلِكَ بِالْبَائِعِ فَسَبِيلُهُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى أَصْلَحِهِمَا لَهُ وَأَقْلَمُهُمَا ضَرَرًا عَلَيْهِ، فَإِذَا عَلِمَ أَنَّ بَيْنَ الثَّمَنِ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ مَثَلًا، وَإِذَا فُسَخَ الْبَيْعُ بِحَتَاجٍ أَنْ يَرُدَّ مَعَ الْعَبْدِ أَوْ الْجَارِيَةِ أَضْعَافَهُ مِنْ مَهْرٍ وَأَجْرَةٍ وَغَلَّةٍ فَيَجِبُ أَنْ يَخْتَارَ أَقْلَهُمَا ضَرَرًا عَلَى نَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ فَكَأَنَّهُ أُتِيَ مِنْ قَبْلِ نَفْسِهِ.

وَلَوْ لَا مَا ذَكَرْنَا مِمَّا يُلْحَقُ الْمُشْتَرِي مِنَ الضَّرَرِ إِذَا رُفِعَ الْعَقْدُ مِنْ أَصْلِهِ لَكَانَ فِي الْعَيْبِ بَأْنُ يَكُونَ الْبَيْعُ مَفْسُوحًا مِنْ أَصْلِهِ أَوْ لَى؛ لِمَعْرِفَتِنَا أَنَّهُ مَظْلُومٌ وَأَنَّ صَاحِبَهُ مُدَلِّسٌ، وَالْاِخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ قَدْ عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ وَقْتُ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَقَعُ إِلَّا بِثَمَنِ يَتَّفَقَا عَلَيْهِ، وَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى وَقْعِ الْبَيْعِ، وَإِنَّمَا تَجَاوَزَا بَعْدَ ذَلِكَ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ جَازَ فِي الْمُتَبَايِعِينَ أَنْ يَفْسَخَا بَعْدَ التَّلَفِ لَجَازَ ذَلِكَ فِي الْمَفْلُوسِ، وَفِي اتِّفَاقِهِمْ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ فُسْخُ الْبَيْعِ إِلَّا مَعَ بَقَاءِ السَّلْعَةِ دَلِيلٌ عَلَى أَمْرِ الْمُتَبَايِعِينَ وَأَنَّ ذَلِكَ مُتَعَلِّقٌ بِبَقَاءِ السَّلْعَةِ = فَالْجَوَابُ: إِنَّ ذَلِكَ لَا يَلْزَمُ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ فِي التَّفْلِيسِ حَقُّهُ فِي الذِّمَّةِ كَسَائِرِ الْغَرَمَاءِ، وَإِنَّمَا فَضِّلَ عَلَيْهِمْ بَقَاءُ السَّلْعَةِ، فَتَعَلَّقَ حَقُّهُ بِالذِّمَّةِ وَتَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ كَمَا يُبَايِعُهُ وَيَرْتَهِنُ مِنْهُ رَهْنًا فَيَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِالذِّمَّةِ وَبِالْعَيْنِ، فَإِذَا تَلَفَتِ السَّلْعَةُ سَاوَاهُمْ وَلَمْ يَبْقَ لَهُ / سَبَبٌ يَفْضُلُهُمْ بِهِ، لَا أَنَّ حَقَّهُ يَبْطُلُ، بَلْ حَقُّهُ فِي الْمَوْضِعِ^(١) الَّذِي وَضَعَهُ، وَهُوَ ذِمَّتُهُ، إِنَّمَا^(٢) يَبْطُلُ تَفْضِيلُهُ عَلَيْهِمْ؛ لِعَدَمِ الشَّيْءِ الَّذِي بِهِ فَضِّلَ، كَالرَّهْنِ إِذَا تَلَفَ، فَبَأْيٍ مَعْنَى نُقَدِّمُهُ بَعْدَ تَلَفِ الرَّهْنِ؟ فَكَذَلِكَ السَّلْعَةُ فِي الْمَفْلُوسِ.

(٢) هَكَذَا فِي الْأَصْلِ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «الْمُتَبَايِعِينَ».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «فَإِنَّمَا» ثُمَّ ضَرَبَ عَلَى الْفَاءِ.

وَأَمَّا الْمُتَبَايَعَانِ^(١) فَالَّذِي أَوْجِبَ تَحَالُفُهُمَا اخْتِلَافُهُمَا وَأَنَّهُ لَا يُنْقَلُ مِلْكُ أَحَدٍ إِلَى غَيْرِهِ إِلَّا بِمَا تَقُومُ بِهِ بَيِّنَةٌ أَوْ يَعتَرِفُ بِهِ صَاحِبُهُ، فَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ جُعِلَ الْبَائِعُ عَلَى مِلْكِ سَلْعَتِهِ، وَجُعِلَ الْمُشْتَرِي عَلَى مِلْكِ الثَّمَنِ، وَاسْتُخْلِفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ، فَلَمْ يَزَلِ الْمَعْنَى الَّذِي أَوْجِبَ التَّحَالَفَ بَتَلَفِ السَّلْعَةِ كَمَا زَالَتِ الْفَضِيلَةُ فِي الرِّهْنِ وَالْإِفْلَاسِ بَتَلَفِ السَّلْعَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



(١) فِي الْأَصْلِ: «الْمُتَبَايَعِينَ».

قال المزني: قال الشافعي والمدني والكوفي: إذا ابتاع عبداً فمات ثم أُصِيبَ به عيبٌ قديمٌ^(١) أنه يرجع بقيمة العيب. وقال غير هؤلاء: لا يرجع بقيمته؛ لأنَّ العبدَ وجبَ وبه العيبُ بجميعِ الثمن^(٢).

قال المزني: وكلُّ هؤلاء قد قالوا: ليس له أن يرجع بقيمته والعبدُ قائمٌ. فيُقال لهم: فإن كان الثمنُ وجبَ للبائعِ كُلُّه بهذا العبدِ المعيبِ فليس له أن يرجع من الثمنِ بقيمة العيب؛ لأنَّه لا حقَّ له فيه، وكيف يرجع إذا مات بما لم يكن له قبل الموتِ.

وكذلك قالوا: لو باعه ثم أُصِيبَ به عيبٌ قديمٌ^(٣) لم يكن له أن يرجع على البائعِ من الثمنِ بقيمة العيب. يقال لهم: ولمَ لا يرجع؟ فإن قالوا: لأنَّه استوفى ما اشترى بجميعِ الثمنِ. قيل: فإن كان كذلك فلمَ لا كان من مات كذلك لأنَّه استوفى ما اشترى بجميعِ الثمنِ، وإنَّما جعلَ له النبيُّ صلى الله عليه أن يردَّ بالعيبِ أو يُمسِكَ، فإذا لم يكن له والعبدُ قائمٌ إلَّا أن / يردَّ أو يُمسِكَ ففأت الردُّ من أين أجريتم حكماً (٤٦/ب) آخرَ ليس هو الردُّ ولا الإمساك الذي خيَّره بينهما رسولُ الله صلى الله عليه.

فانظروا فيما اختلفوا فيه من ذلك فما شهدَ له أصلٌ من كتابٍ أو سنةٍ أو إجماعٍ فاحكموا له بالصواب، وإن أشكل الأمرُ عليكم قفوا عن الحكمِ حتى تبيَّنوا الحقَّ، فإنَّه أسلمٌ لدينكم وأقربُ إلى ربكم.

(١) في الأصل: «عيباً قديماً».

(٢) انظر «الأم» (١٩٦/٦) و«مختصر اختلاف العلماء» للجصاص (المسألة: ١٢١٩).

(٣) في الأصل: «عيباً قديماً». ويظهر أن أحدهم حاول أن يصلح العبارة ببناء الفعل للمعلوم: «أصاب به عيباً قديماً».

إِنَّ ما اختاره المزيُّ في هذه المسألة فَمِن الشُّذُوذِ الذي لا يُلتَفَتُ إليها ولا يُعَدُّ خِلَافًا، وأَرى أَنَّ أبا إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ تكلَّمَ بذلك على جهة النظرِ أَنَّ كان للنظرِ في ذلك مَسَاغًا، لا طَعْنًا على مَنْ تَقَدَّمَ، والذي حكاه عن الشافعيِّ فهو مذهبُ الأئمةِ مِن أهلِ الحجازِ وأهلِ العراقِ وسائرِ المذاهبِ، والنَّظَرُ أيضًا يَدُلُّ على ما قالوه، والقياسُ مع الجماعةِ، وما ألزَمَهم المزيُّ على مذهبٍ مَنْ خالفَهم فغفلةٌ لم يُنعمِ النظرَ مَنْ ألزم ذلك.

والأصلُ في ذلك أَنَّ مَنْ اشترى سلعةً على سلامةٍ مِن حيوانٍ أو غيره قائما اشتراه على أن لا خِلابةٌ ولا تدليسٌ برئٍ مِنَ العيوبِ، فإذا وجدها مَعِيْبًا فقد علم أَنَّهُ مَظْلومٌ^(١)، قَصِدَ بذلك إلى ظُلْمِهِ أو لم يُقَصِدْ، وإذا كان مَظْلومًا فلا بُدَّ مِن أن نَجْعَلَ له طريقًا إلى التخلُّصِ مِن ظُلامَتِهِ؛ لأنَّ تقديرَ ما اشتراه مع السلامة أن يكونَ ثمنُهُ مئةً، ومع العيبِ على النصفِ مِن ذلك، فقد لَحِقَهُ الظلمُ فيما مَبْلَغُهُ نصفُ قيمةٍ ما اشتراه، وأقربُ الوجوهِ في التخلُّصِ مِن ذلك رَدُّ السلعةِ على مَنْ اشترى منه واسترجاعُ ثمنِها، فيكونُ كُلُّ واحدٍ منهما سالمًا مما دَخَلَ فيه، / فَمِن أَجلِ ذلك لم يُجْعَلَ له المطالبةُ بأرْشِ العيبِ مع بقاءِ السلعةِ؛ لأنَّه لا حاجةٌ به إلى ذلك، ورجوعُ الشيءِ إلى صاحِبِهِ ورجوعُ ثمنِهِ إليه أقربُ في بابِ التخلُّصِ مِن ظُلامَتِهِ مِنَ المطالبةِ بأرْشِ العيبِ.

والانتقالُ إلى الأبعدِ مع وُجودِ الأقربِ لا وجهَ له، ألا تَرى أَنَّ مَنْ أَتَلَفَ سلعةً لغيرِهِ وكان لها مثلٌ فعليه مثلُها؛ لأنَّ المثلَ في الخِلقةِ أقربُ إلى حَقِّهِ مِنَ المثلِ

(١) في الأصل: «مظلوما».

مِنْ جِهَةِ الْقِيَمَةِ، فَإِذَا تَعَذَّرَ الْمَثْلُ لِأَنَّهَا مِمَّا لَا مَثْلَ لَهُ أَوْ لَمْ يُوجَدْ الْمَثْلُ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ أَدَّتِ الْضَّرُورَةُ إِلَى الْإِنْتِقَالِ إِلَى الْمَثْلِ مِنْ جِهَةِ الْقِيَمَةِ، وَالْقِيَمَةُ فِي بَابِ الْمِمَاتِلَةِ أَبْعَدُ مِنَ الْمَثْلِ مِنْ جِهَةِ الْخِلْقَةِ.

وَمَثْلُ ذَلِكَ لَوْ اسْتَقْرَضَ رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ شَيْئًا فَأَقَامَ ذَلِكَ فِي يَدِ الْمُسْتَقْرِضِ زَمَانًا ثُمَّ طَالَبَهُ بِهِ وَكَانَ بَاقِيًا لَكَانَ عَلَيْهِ رَدُّهُ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِمَثْلِهِ وَلَا بِمَثْلِ قِيَمَتِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ بِحَالِهِ، وَلَا لِلْمُسْتَقْرِضِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِقَبُولِ مَثْلِهِ أَوْ بِقِيَمَتِهِ وَتَرْكِ الْعَيْنِ فِي يَدِهِ، بَلْ أَقْرَبُ الْوُجُوهِ رَدُّ ذَلِكَ إِذَا كَانَ بِحَالِهِ، فَإِنْ كَانَ تَالِفًا طَالَبَهُ بِأَقْرَبِ الْوُجُوهِ بَعْدَهُ، وَهُوَ الْمَثْلُ مِنْ جِهَةِ الْخِلْقَةِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ طَالَبَهُ بِمَثْلِهِ مِنْ جِهَةِ الْقِيَمَةِ.

فكَذَلِكَ الْمُشْتَرِي إِذَا طَالَبَ بِالتَّخْلُصِ مِمَّا دُلَّسَ بِهِ كَانَ أَقْرَبُ الْأُمُورِ رَدُّ الْعَيْنِ إِلَى الْبَائِعِ وَاسْتِرْجَاعُ مَا دَفَعَ، فَإِذَا تَعَذَّرَ ذَلِكَ بِتَلَفِ السَّلْعَةِ أَدَّتِ الْضَّرُورَةُ إِلَى التَّخْلُصِ مِنَ الظُّلَامَةِ بِوَجْهِ آخَرَ، وَهُوَ الرُّجُوعُ بِقِيَمَةِ الْأَرْضِ^(١).

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: لَا يَحْدُثُ بِمَوْتِهِ حَكْمٌ لَمْ يَكُنْ فِي حَيَاتِهِ = قِيلَ: لِمَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَحْدُثَ بِمَوْتِهِ حَكْمٌ قَدْ كَانَ يُمْكِنُ غَيْرُهُ فِي حَيَاتِهِ وَكَانَ ذَلِكَ أَقْرَبَ، فَلَمَّا فَاتَ وَلَمْ نَجِدْ بُدًّا مِنَ الْحَكْمِ انْتَقَلْنَا إِلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ وَإِنْ كَانَ أَبْعَدَ، أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا غَضِبَ رَجُلًا عَلَى عَبْدِهِ فَطَالَبَهُ بِهِ وَالْعَبْدُ / بَاقِي هَلْ لَهُ الْمَطَالَبَةُ بِقِيَمَتِهِ؟ فَإِذَا قَالَ: (ب / ٤٧) لَيْسَ لَهُ الْمَطَالَبَةُ إِلَّا بِالْعَبْدِ. قِيلَ لَهُ: فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَطَالَبَتُهُ بِقِيَمَتِهِ فِي حَيَاتِهِ فَكَيْفَ أَحْدَثَتْ لَهُ حَكْمًا آخَرَ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَهُوَ الْمَطَالَبَةُ بِقِيَمَتِهِ؟ فَإِنْ قَالَ: لِأَنَّ الرَّدَّ كَانَ فِي حَيَاتِهِ مُمْكِنًا، فَلَمَّا تَعَذَّرَ بِمَوْتِهِ رَجَعَ بِقِيَمَتِهِ. قِيلَ: فَكَذَلِكَ أَيْضًا فِي الْعَبْدِ إِذَا أُمِكنَ

(١) فِي هَامِشِ الْأَصْلِ: «أَوَّلُ إِلَى الْعَاشِرِ مِنْ نَسْخَةٍ أُخْرَى، وَآخِرُهُ أَوَّلُ كِتَابِ الْقَرَاظِ».

الرَّدُّ وقد غُيِّنَ بالعيبِ فله استرجاعُ ما غبن من العين؛ لأنَّ رجوعَ العينِ ممكنٌ^(١)، فإذا تَعَذَّرَ استرجاعُه من العينِ لتَلَفِ العينِ استُرْجِعَ مِنْ قِيَمَتِهِ بعد^(٢) ذلك كما فعل ذلك في الغصبِ.

* وأما قوله: إِنَّ المشتري لو باعه لم يكن له المطالبةُ بأرْشِهِ، فكيف تَتَجَدَّدُ له مطالبةٌ بمَوْتِهِ؟ وهو فليس له مطالبةٌ في حياته إِلَّا بالرَّدِّ فحسبُ، وحيثُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بالبيعِ لم يُجْعَلْ له المطالبةُ بأرْشِهِ، فكذلك إذا تَعَذَّرَ الرَّدُّ بالموتِ = فالجواب: إِنَّ المطالبةَ واحدةً في حياته وبعد وفاته، إِلَّا أَنَّ المطالبةَ تَقَعُ بما يمكنُ ويُوْجَدُ وكان أقربَ إلى الوصولِ إلى حَقِّهِ، وفي حياته يمكنُ المطالبةُ برَدِّ العينِ إذا كان في يده، فلا مطالبةَ بشيءٍ سواه، وبعد موته فلا يمكنُ المطالبةُ برَدِّ العينِ، فوجبَتِ المطالبةُ بالقيمة، ولم يَتَجَدَّدْ بموته مطالبةٌ لم تكن، بل كانت المطالبةُ واجبةً، وإنَّما اختلف وجهًا^(٣) المطالبةُ فحسبَ لاختلاف الحالين، وأما إذا باع المشتري ثُمَّ طالب فلا مطالبةَ له؛ لَأَنَّهُ لَا يَخْلُوا في بيعه مِنْ أَحَدٍ وَجْهَيْنِ:

إمَّا أَنْ يَكُونَ عَلِمَ بالعيبِ فباع بعد العلمِ، فذلك رِضًا منه بالعيبِ، فلا مطالبةَ له بعد الرضا.

وإمَّا أَنْ يَكُونَ باعَ قَبْلَ الْعِلْمِ عَلَى السَّلَامَةِ، فَقَدْ سَلِمَ مِنَ الْعَيْبِ وَدَلَّسَ كَمَا دُلَّسَ لَهُ وَلَمْ يَلْحَقْهُ / نَقْصٌ فِي بَيْعِهِ مِنْ أَجْلِ الْعَيْبِ، فَكَأَنَّهُ قَدْ اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَهُ مِنْ قِبَلِ الْمُشْتَرِي مِنْهُ، فَلَيْسَ لَهُ مَطَالِبَةٌ بَائِعِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ

(١) في الأصل: «ممكنا»، ثم حول إلى: «ممکن».

(٢) في الأصل: «بعذر». وخط على الرأى خطأ كأنه يشير إلى إسقاطها.

(٣) في الأصل: «وجهين».

مِنْ وَجْهَيْنِ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ مَا دَامَ سَلِيمًا مِنْ جِهَةِ مُشْتَرِيهِ، فَإِنْ وَقَفَ الْمُشْتَرِي مِنْهُ عَلَى ذَلِكَ فَرَضِي بِهِ تَمَّتْ سَلَامَتُهُ وَأَمِنْ بَائِعُهُ مِنْ قَبْلِهِ، وَإِنْ رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي فطَالَبَهُ بِالرَّدِّ حُكِمَ عَلَيْهِ بِالرَّدِّ، فَإِذَا رَدَّ^(١) عَلَيْهِ السَّلْعَةَ رَدَّهَا عَلَى بَائِعِهَا، وَإِنْ وَقَفَ الْمُشْتَرِي وَقَدْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِتَلَفٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ تَغْيِيرٍ فِي يَدَيْهِ فطَالَبَهُ بِالْأَرْشِ حُكِمَ لَهُ بِهِ وَرَجَعَ هُوَ بِذَلِكَ عَلَى بَائِعِهِ حَسَبَ مَا أَلْزَمَهُ، وَمَا دَامَ سَلِيمًا مِنَ الْمَطَالِبَةِ وَالْغَرَامَةِ فَلَيْسَ لَهُ مَطَالِبَةٌ بِبَائِعِهِ وَلَا إِلْزَامُهُ غَرَامَةٌ لَمْ تَلْزَمْهُ، وَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ جَعَلْنَا لَهُ الرُّجُوعَ بِأَرْشِهِ إِذَا أَعْتَقَهُ ثُمَّ وَقَفَ عَلَى عَيْبِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ بَعْتُهُ، وَإِنَّمَا يَسْلَمُ لَهُ مِنَ الْعِتْقِ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِ، فَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ فَإِنَّمَا يَحْصُلُ فِي مِيزَانِهِ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِ، فَلِذَلِكَ جَازَ لَهُ الرُّجُوعُ بِقِيَمَةِ الْأَرْشِ لِيَسْتَدْرِكَ مَا فَاتَ مِنْ ظُلَامَتِهِ، وَإِذَا بَاعَ عَلَى السَّلَامَةِ فَقَدْ اسْتَوْفَى ظُلَامَتَهُ مَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِالْمَطَالِبَةِ فَتَجَدَّدَ لَهُ الْمَطَالِبَةُ حِينَئِذٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



(١) فِي هَامِشِ الْأَصْلِ: «خ: رُدَّتْ».

قال المزني رحمه الله: لو قال قائل: إذا ابتاع رجل عبدا فأصاب به عيبا قديما وقد حدث به عنده عيب آخر أن له أن يرد العبد وقيمة ما نقص العيب الذي حدث عنده ويعتَل بأن النبي صلى الله عليه وسلم حكَم بالرد بالعيب ووجب ردُّ هذا العبد للعيب لم يَظُل ردُّه لِمَا أوجبه عقد البيع من الرد بالعيب، فإذا وجب له ردُّه بالعيب فحدث به عيب آخر كان عليه ردُّ قيمة / ذلك العيب، فيكون في معنى من ردُّه بلا عيب حادث.

فإن قيل: فإن أجزت ردُّ قيمة نقص الفوت البعض وأخذ الثمن لم لا أجزت في فوت العبد كُله برَد قيمته وأخذ الثمن؛ لأنَّ بعضه ببعض سببه، وما جرى على بعضه جرى على كُله = قيل له: إنَّ فوت البعض من العبد لا يَمْنَع بيعه ولا شراؤه ولا أن يجري عليه من التملك ونقل الملك ما يجري على غيره، وإذا مات جميعه لم يجز بيعه ولا شراؤه ولا تملكه ولا نقل ملكه، فكذلك لا يجوز محاولة الرد فيه بقيمة ولا غيرها، ألا ترى أن هذا العبد المعيب لو قال البائع: «أنا أخذه بالعيب» أن ذلك جائز له لإمكان الرد، ولو هلك العبد لم يمكن الرد بوجه من الوجوه ولا سبب من الأسباب، فمن حيث أمكن الرد وإن حدث به عيب آخر جاز، ولم يُمكن الرد إذا حدث به موت فبطل الرد، فلذلك اختلفا، وإذا اختلفا في ذلك جاز الرد في المعيب مع قيمة العيب الحادث ويرجع بالثمن، ولم يجز ردُّ قيمته بعد الفوت وارتجاع الثمن، وبالله التوفيق.



الاجواب

إنَّ الذي ذكره أبو إبراهيم في هذه المسألة فليس طريقَ الكلام فيها، والوجهُ في ذلك أنَّ المشتري إذا وَجَدَ بالسلعة عيبًا قد دُلِّسَ له به فهو رجلٌ مظلومٌ جُعِلَ له استدراكُ ظلامته بأقربِ ما يَقْدِرُ عليه من حيث لا يلحق البائع ظلامه مثله؛ لأنَّ إزالةَ ظلامته بظلامه مثله لا وجه له.

وإذا كان ذلك كذلك جُعِلَ له الرَّدُّ بالعيبِ ليرجعَ إلى كُلِّ واحدٍ مِلْكُهُ من حيث لا يُلْحَقُه ضررٌ ولا نقصٌ فيما خرج / عن يده، فتزولُ بذلك الظُّلَامَةُ، فإذا لم يقف المشتري على العيبِ القديمِ حتى حَدَثَ فيه عيبٌ غيره بفعله أو بغيرِ فعله ثُمَّ وقفَ على العيبِ الذي دُلِّسَ له قيل له: لا سبيلَ لك إلى الرَّدِّ؛ لأنَّكَ تُدْخِلُ في ملكِ البائعِ شيئًا معيبيًا^(١) على خلافِ ما قبضته، فأنتَ في معناه حيث باعك وأدْخَلَ الضررَ عليك، ولعلَّه كان أحسنَ حالًا منك وأقلَّ جُرْمًا بأن لم يَعْلَمْ وقتَ البيعِ أنَّ به عيبًا^(٢) ولم يَقْصِدْ إلى الإضرارِ بك، وأنتَ^(٣) تَقْصِدُ إلى إدخالِ ذلك في مِلْكِهِ معيبيًا، فأنتَ أسوأُ حالًا منه في ذلك.

وإذا كان ذلك كذلك فإزالةُ ظُّلَامَةٍ^(٤) وضررٍ بضررٍ مثله لا وجه له إذا كان قصدنا إزالةَ الظُّلَامَةِ، وللبائعِ مِنَ الحقِّ مثلُ ما للمشتري، فسبيلُك أن تتوصَّلَ إلى ظُّلَامَتِكَ بوجهٍ غيرِ الرَّدِّ لِمَا في الرَّدِّ مِنَ الضررِ على البائعِ، وإذا بطلَ الرَّدُّ فلا طريقَ إلى التَّخْلُصِ

(١) في الأصل: «شيء معيب» ثم حول إلى المثبت.

(٢) في الأصل: «عيب» ثم حول إلى المثبت.

(٣) في الأصل: «فأنت» ثم حول إلى المثبت.

(٤) كتب فوق الكلمة: «خ: الظلامه».

مِن الظُّلَامَةِ إِلَّا بَدَلَ الْأَرْضِ وَإِقْرَارِ الْعَبْدِ عَلَى مِلْكِكَ لِمَا قَدْ حَدَثَ عِنْدَكَ، فَلِذَلِكَ أَقْرَرْنَاهُ عَلَى مِلْكِهِ وَأَزَلْنَا ظُلَامَتَهُ بِوَجْهِهِ لَا يَلْحَقُ صَاحِبَهُ مِنْهُ ضَرَرٌ إِذَا حَكَمْنَا بِهِ؛ لِأَنَّا إِذَا حَكَمْنَا بِالْأَرْضِ فَقَدْ وَصَلَ الْمُشْتَرِي إِلَى ظُلَامَتِهِ، لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَمْ يَكْرِهْ عَيْنَ مَا اشْتَرَى، وَإِنَّمَا لَحِقَهُ الْغَبْنُ مِنْ أَجْلِ الْعَيْبِ، فَإِذَا أُزِيلَ الْغَبْنُ وَنَقَصَ ثَمَنُ الْمُشْتَرِي مِنَ الثَّمَنِ فَقَدْ بَلَغَ مَقْصِدَهُ وَلَمْ يَلْحَقْهُ ضَرَرٌ فِي شِرَائِهِ، وَإِذَا رَدَدْنَا الْعَبْدَ بِالْعَيْبِ وَهُوَ مَعْيُوبٌ عَيْبًا^(١) آخَرَ فَقَدْ أَدْخَلْنَا عَلَى الْبَائِعِ مِثْلَ مَا أَزَلْنَاهُ عَنِ الْمُشْتَرِي^(٢).

فَإِنْ قِيلَ: فَإِذَا تَسَاوَيَا فِيمَا ذَكَرْتُمْ مِنْ دُخُولِ الضَّرَرِ عَلَى أَحَدِهِمَا بِدُخُولِ الْعَبْدِ فِي مِلْكِهِ / مَعْيَبًا لَمْ لَا يَكُونُ حُصُولُهُ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مَدْلَسٌ عَاصِي، وَالْمُشْتَرِي مَعْذُورٌ لَا صُنْعَ لَهُ فِيمَا حَدَثَ عِنْدَهُ، بَلْ حَدَثَ فِي مِلْكِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، وَلَمْ يُدَلِّسْ، وَالْبَائِعُ فَرَجُلٌ مَدْلَسٌ، وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْجَوَزِ وَاللُّوزِ إِذَا كَسَرَهُ الْمُشْتَرِي فَوَجَدَهُ مَعْيَبًا أَنَّ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ مَعَ أَرْضٍ كَسَرَهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّمَا كَانَ مَأْكُولُهُ فِي جَوْفِهِ، فَإِذَا أَجَازَ الرَّدَّ مَعَ أَرْضٍ مَا حَدَثَ عِنْدَهُ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ فَلَمْ لَا أَجَازَ^(٣) ذَلِكَ فِي جَمِيعِ الْعُيُوبِ لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرْنَا، وَإِلَّا فَمَا الْفَرْقُ؟ = فَالْجَوَابُ: إِنَّ الْمَعْنَى فِي امْتِنَاعِنَا مِنْ رَدِّ الْمُشْتَرِي مَعْيَبًا فَمَا^(٤) ذَكَرْنَاهُ مِنْ أَنَّ قَصْدَنَا اسْتِدْرَاكُ ظُلَامَتِهِ، وَاسْتِدْرَاكُ الظُّلَامَةِ بِظُلَامَةٍ مِثْلِهَا لَا سَبِيلَ إِلَيْهِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِنَّ الْمُشْتَرِي مَعْذُورٌ، وَالْبَائِعُ غَيْرُ مَعْذُورٍ؛ لِأَنَّهُ قَدْ دَلَّسَ^(٥) = فَلَيْسَ كُلُّ مَنْ بَاعَ عَبْدًا مَعْيَبًا كَانَ عَالِمًا بِالْعَيْبِ وَلَا مُدَلِّسًا بِهِ وَلَا قَاصِدًا إِلَى إِدْخَالِ

(١) فِي الْأَصْلِ: «عَيْبٌ». (٢) انْظُرِ الْمَسْأَلَةَ «الْمَخْتَصِر» لِلْمُزْنِيِّ (الْفَقْرَةُ: ١٠٩٩).

(٣) كَلِمَةُ: «أَجَازَ» فِي هَذَا الْمَوْضِعِ وَقَبْلَهُ وَرَدَتْ فِي الْأَصْلِ: «جَازَ»، ثُمَّ زِيدَتْ الْهَمْزَةُ فَوْقَ السَّطْرِ.

(٤) الظَّاهِرُ أَنَّهُ كَانَ فِي الْأَصْلِ: «فِيمَا»، ثُمَّ حُولَ إِلَى: «فَمَا».

(٥) كَتَبَ فَوْقَ السَّطْرِ: «خ: مَدْلَسٌ».

الضرر على أخيه، والأغلب أن ذلك شيءٌ خفي عليه فباعه على السلامة ثم يتبين^(١) ما به من العيب، ولا يكون عاصياً ولا مدلساً، بل يكون فيما فعله معذوراً؛ لأنه لم يَدْخُل في ذلك عن علمٍ بالعيب، فيساوي المشتري في أنه معذور، ولا بُدَّ من حصول العبد في ملك أحدهما معيوباً.

وإذا لم نجد من ذلك بُدّاً وتساوياً فيما ذكرنا أقرّناه في^(٢) ملك من وجدناه على ملكه، وجعلنا وجه تَخْلُصِه واستدراك ظلامته بوجه غير رده إذ كان في رده من الضرر مثل ما لحقه، وكان له المطالبة بأرشه، وإنما كنّا نرده إذا زالت الظلامة بالردّ، فأما في الموضع الذي إذا ردّناه لم تزل به ظلامة من رده عليه / بل احتيج (١/٥٠) إلى غرامة الأرض حتى تزول بذلك ظلامته فلا وجه للردّ في موضع هذا وصفه.

وأما ما ذكرُوا من^(٣) الجوز واللوز = فذلك حكمٌ خصّ به ما لا يوصل إلى معرفة عيبه إلا بكسره، وقد خرّج الشافعي ذلك على وجوه^(٤):

أحدها: أن ذلك وسائر العيوب بمنزلة واحدة، وأنه ليس له رده عليه لما حدث عنده من العيب.

وإذا قيل ذلك سقط سؤال هذا السائل.

والوجه الثاني: أنه يرده ويردّ معه الأرض؛ لأنه لم^(٥) يُمكنه الوصول إلى ما اشتراه وإلى الوقوف على سلامته إلا بكسره، وإنما استقر^(٦) بينهما بمعرفة

(١) كتب فوق السطر: «خ: تبين».

(٢) كتب فوق السطر: «على».

(٣) زاد في هامش الأصل: «خ: أمر».

(٤) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ١١٠١).

(٥) كتب في الأصل فوق الكلمة رأس صاد، وكتب في الهامش: «لا».

(٦) كتب في الهامش: «خ: يستقر».

سَلَامَتِهِ، فَكَأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ وَلِضَرُورَتِهِ إِلَيْهِ، وَأَمَّا سَائِرُ الْعُيُوبِ فَالْوُقُوفُ عَلَيْهَا بِلا حَادِثَةٍ تَحْدُثُ مُمْكِنٌ، فَإِذَا أَحْدَثَ فِي ذَلِكَ حَادِثَةً قَبْلَ أَنْ يَقِفَ عَلَى عُيُوبِهِ فَكَأَنَّهُ أَتَى مِنْ قِبَلِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ وَقُوفَهُ عَلَى صِحَّةِ مَا اشْتَرَاهُ غَيْرَ مُعِيبٍ كَانِ يُمْكِنُهُ، فَلَمَّا فَرَّطَ فِي ذَلِكَ حَتَّى حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ لَزِمَهُ الْمَقَامُ عَلَى مِلْكِهِ؛ لِأَنَّهُ أَتَى مِنْ قِبَلِ نَفْسِهِ، وَطَالَبَ بِالْأَرْشِ.

والثالث: أَنَّهُ يُرَدُّهُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَيْءٌ سَلَّطَهُ عَلَيْهِ مَالِكُهُ لِيَقِفَ بِهِ عَلَى تَمَامِ الْبَيْعِ مِنْ نَقْصَانِهِ وَعَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ مِنْ فُسَادِهِ، فَكَأَنَّهُ أَمَرَهُ بِهِ لِيَتَوَصَّلَ إِلَى عِلْمِ سَلَامَةِ مَا اشْتَرَى، هَلْ هُوَ سَلِيمٌ أَوْ مُعِيبٌ، صَحِيحٌ أَوْ فَاسِدٌ، فَإِنْ وَجَدَهُ فَاسِدًا لَا قِيَمَةَ لَهُ رَدَّهُ وَرَجَعَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ بَيضًا فَيَجِدُهُ فَاسِدًا، وَإِنْ وَجَدَهُ مُعِيبًا نَاقِصَ الثَّمَنِ فَكَأَنَّ صَاحِبَهُ دَخَلَ عَلَى الرِّضَا بِكَسْرِهِ؛ لِعِلْمِهِ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ غَيْرُهُ، وَيَكُونُ هَذَا شَيْئًا^(١) يُخَصُّ بِهِ مَا كَانَ عَيْبُهُ بَاطِنًا.

(٥٠/ب) أَلَا تَرَى أَنَّ الْحَيَوَانَ / قَدْ خُصَّ بِأَنْ جُعِلَ لَصَاحِبِهِ التَّبَرِّي مِنْ عُيُوبِهِ الْبَاطِنَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْوُقُوفُ عَلَيْهَا، وَالْأَغْلَبُ أَنَّ الْحَيَوَانَ يَغْتَدِي^(٢) بِالصِّحَّةِ وَالسَّقَمِ، فَخُصَّ بِأَنْ جُعِلَ لَهُ التَّبَرِّي مِمَّا كَانَ بَاطِنًا لَا يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُجْهُولًا، وَلَمْ يُقَسَّ^(٣) عَلَى ذَلِكَ سَائِرُ الْعُيُوبِ الَّتِي يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عَلَيْهَا؛ لظُهُورِهَا، وَلَا يَجُوزُ التَّبَرِّي فِيمَا عَدَا الْحَيَوَانَ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ وَقَفَ عَلَيْهِ وَأَوْقَفَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي.

فكَذَلِكَ أَمْرُ الْجَوَزِ وَاللُّوزِ إِنْ صَحَّ مَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ فَإِنَّمَا هُوَ شَيْءٌ خُصَّ بِهِ مَا كَانَ مَأْكُولُهُ فِي جَوْفِهِ لَا يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ إِلَّا بِكَسْرِهِ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عَلَى عُيُوبِهِ فَلَيْسَ لَهُ الرَّدُّ إِذَا حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «شَيْءٌ». (٢) يَحْتَمِلُ: «يَغْتَدِي».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «وَلَمْ يُقَاسَ»، ثُمَّ حُولَ إِلَى الْمُثَبَّتِ.

* وأما ما أدخله المزيُّ على نفسه وانفصلَ منه = فلا حاجة بنا إلى ما اعتلَّ به حتى يصحَّ انفصاله أو لا يصحَّ؛ لأنَّ طريق المسألة غير ما قصَّده.

ويقال له: أرأيت لو اشترى سلعةً بسلعةٍ، فوجدَ بالسلعةِ التي اشترى عيبًا، وقد تلفت سلعته التي باع، هل له أن يفسخ البيع؟ فإذا جعل له فسخ البيع وردَّ المعيب بعد تلف سلعته كما جعل له في حال بقاءه لزمه إذا جعل له ردَّ المعيب مع الأرض مع بقاء العبدِ فله فسخ البيع مع تلف العبدِ، وتكون قيمته تقوم مقامه، وإلا فلا فرق.

وجملة الأمر إنَّ مسألة الجوز واللوز لم يصحَّ للشافعيّ فيه قولٌ، فإن كان ردُّه مع الأرض يُنافي أصوله فهذا القول فاسدٌ، ويلحق أمر الجوز واللوز بسائر العيوب، ويكون الحكم في الجميع واحدًا، وإن أمكن أن يُفرَّق بينهما سقط هذا السؤال، والله أعلم.



(١٢) مسألة [بإع عبدين وقبض نصف الثمن ومات أحد العبدین]

قال المزني: قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: لو باع رجل / عبدين بمئة، فقبض نصف الثمن، ومات أحد العبدَيْن وبقي الآخر، وقيمتُهُما سواء، ثُمَّ فُلِّسَ المبتاعُ = كان له هذا العبدُ بنصفِ الثمن، والنصفُ الذي قبضَ ثمنُ الهالكِ، كما لو رهنَهُما بمئة فقبضَ تسعين وهلكَ أحدهما كان الآخرُ رهنًا بالعشرة^(١).

قال المزني: يُقالُ لمن قال بقوله: في قولك: «قبضَ نصفَ ثمنِ العبدَيْن» إثباتُ نصفِ ثمنِ كُلِّ واحدٍ منهما، فكيف يكونُ ما بقيَ ثمنًا للباقي منهما؟ ولو جاز أن يكونَ ذلكَ ثمنًا للباقي منهما جازَ أن يكونَ ثمنًا للهالكِ منهما؛ لأنَّه لا دلالةٌ على أنَّ النصفَ لأحدهما بعينه، وإذا لم تكن دلالةٌ على أحدهما وكان جميعُ الثمنِ لهما كان نصفُ الثمنِ لنصفِهما قياسًا على أنَّ الكلَّ ثمنٌ^(٢) لهما.

ودليلٌ آخرُ: أن لو كانا قائمين جميعًا أما كان الذي قبضَ ثمنًا لنصفِهما وكان له أن يأخذَ نصفَهما بنصفِ الثمنِ الذي بقي له؟ فكيف يتعيَّنُ نصفُ الثمنِ الذي قبضَ بأن مات أحدهما؟ ولو جاز الحكمُ في أن يُجعلَ ذلكَ للباقي منهما جاز عليه أن يُجعلَ ذلكَ للهالكِ منهما.

وتشبيهُه البيعَ بالرهنِ فأَيُّ شيءٍ البيعُ مِنَ الرهنِ؟ والرهنُ لو كان بمئة فقبضَها الراهنُ إلا درهماً ثُمَّ فُلِّسَ المبتاعُ كان العبدُ مُرْتَهَنًا بالدرهمِ الباقي، وفي البيعِ إذا قبضَ بعضُ الثمنِ لم يَجُزْ أن يكونَ العبدُ مُرْتَهَنًا إلا جزءٌ مِنَ العبدِ بقدرِ ما بقي مِنَ الثمنِ، وهذا غيرُ جائزٍ في الرهنِ، والله أعلم.

(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ١٣٣٥).

(٢) في الأصل: «ثمنًا»، ثم حول إلى: «ثمن».

قال أبو إسحاق:

الجواب

إِنَّ الصَّفْقَةَ إِذَا تَضَمَّنَتْ سِلْعًا فَالْعَقْدُ وَاحِدٌ، وَالصَّفْقَةُ وَاحِدَةٌ، وَالْحَكْمُ فِيمَا /
تَضَمَّنَتْهُ الصَّفْقَةُ مُخْتَلَفٌ.

(٥١ / ب)

فمنه: ما لا يجوزُ التَّبْعُضُ فيه، وهو الرَّدُّ بالعيبِ وما في معناه، إمَّا أن يَرُدَّ الجميعُ
أو يُنْسِكَ الجميعُ.

ومنه: ما يجوزُ التَّبْعُضُ^(١) فيه، بأن يَسْتَحِقَّ بَعْضُ السِّلْعِ دُونَ بَعْضٍ، فَيَكُونُ
الْبَيْعُ فِيمَا كَانَ مِلْكُهُ صَحِيحًا، وَلَا يُوجِبُ اجْتِمَاعُهُمَا فِي الصَّفْقَةِ اجْتِمَاعًا فِي جَمِيعِ
الْأَحْكَامِ، بَلْ ذَلِكَ عَلَى حَسَبِ مَا تُوجِبُهُ دَلَائِلُ الْأَصُولِ.

وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ فَاقْتَضَى مِنْ ثَمَنِ السِّلْعَتَيْنِ نَصْفَهُ فَقَدْ قَبِضَ مِنْ ثَمَنِ كُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصْفَهُ، وَإِطْلَقْنَا الْقَوْلَ بِذَلِكَ عَلَى السَّلَامَةِ وَعَلَى مَا تُوجِبُهُ حَالُهُ مِنْ
صِحَّةِ الذِّمَّةِ وَالْخُرُوجِ إِلَيْهِ مِنْ بَاقِي الثَّمَنِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَانِعٍ أَنْ تَتَغَيَّرَ حَالُهُ وَتَعَيِّبَ
ذِمَّتُهُ أَوْ يَبْطُلَ فَنَنْقُلَهُ مِنْ هَذَا الْحَكْمِ إِلَى أَنْ يُجْمَعَ حَقُّ الْبَائِعِ فِي أَحَدِهِمَا لِمُضْرَرَّةِ
أَدَّتْ إِلَيْهِ، كَمَا أَنَّ السِّلْعَةَ الَّتِي اشْتَرَاهَا فَمِلْكُهَا لَهُ، لَوْ بَاعَهَا أَوْ وَهَبَهَا أَوْ أَعْتَقَهَا
لَكَانَ جَمِيعُ ذَلِكَ جَائِزًا عَلَى سَلَامَةِ حَالِهِ وَصِحَّةِ ذِمَّتِهِ، فَإِذَا تَغَيَّرَ حَالُهُ وَعَابَتْ ذِمَّتُهُ
حَدَثَ لَهُ حَكْمٌ غَيْرُ الْحَكْمِ الْأَوَّلِ وَصَارَ^(٢) مَمْنُوعًا مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ وَصَارَ بَائِعُهُ
أَحَقَّ بِالسِّلْعَةِ مِنْهُ وَمِنْ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ.

وَلَيْسَ لِلْمُزْنِيِّ وَلَا لِغَيْرِهِ أَنْ يَقُولَ: لَمَّا حَكَمْتُمْ بِأَنَّ الْمِلْكََ لِلْمُشْتَرِي وَلَهُ التَّصَرُّفُ
وَلَا حَقٌّ فِيهِ لِلْبَائِعِ فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَخْدُثَ حَكْمٌ آخَرُ؟

(١) كلمة: «التبعض» في الموضعين هكذا في الأصل، ثم حول إلى: «التبعيض».

(٢) كذا في الأصل، وكتب فوقه: «خ: فصار».

وإن قال ذلك قيل: إِنَّمَا حَكَمْنَا بِمَا حَكَمْنَا بِهِ أَوَّلًا عَلَى سَلَامَةِ الْحَالِ وَصِحَّةِ
الذِّمَّةِ، فَلَمَّا حَدَّثَتْ حَالٌ أُخْرَى أَشْرَفَ الْبَائِعُ فِيهَا عَلَى تَلْفٍ مَالِهِ فَجَدَّدَ لَهُ حَكْمًا^(١)
فِي سَلْعَتِهِ الَّتِي كَانَ قَدْ انْقَطَعَ حَقُّهَا عَنْهَا لِيَتَوَصَّلَ بِذَلِكَ إِلَى اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ.

(١/٥٢) فكَذَلِكَ حَكَمْنَا بِأَنَّ مَا قَبِضَ ثَمَنُ النِّصْفِ مِنْ كُلِّ / وَاحِدٍ^(٢) مِنْهُمَا مَعَ سَلَامَةِ
الْحَالِ وَصِحَّةِ الذِّمَّةِ وَسَلَامَةِ السَّلْعِ، فَإِذَا حَدَّثَ لِذِمَّتِهِ عَيْبٌ^(٣) وَأَشْرَفَ عَلَى تَلْفٍ
مَالِهِ وَتَلَفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ تَجَدَّدَ لَهُ حَكْمٌ^(٤) لِفَسَادِ الذِّمَّةِ، فَجُمِعَ لَهُ حَقُّهُ فِيمَا بَقِيَ
مِنْ سَلْعَتِهِ وَجُعِلَ ذَلِكَ كَالْوَثِيقَةِ لَهُ كَمَا جُعِلَ الْكُلُّ وَثِيقَةً لِجَمِيعِ حَقِّهِ لَوْ كَانَ بَاقِيًا،
فكَذَلِكَ جُعِلَ مَا بَقِيَ مِنَ السَّلْعَةِ وَثِيقَةً بِمَا بَقِيَ مِنَ الْحَقِّ، وَجُعِلَ بَقَاءُ السَّلْعَةِ وَثِيقَةً
لَهُ لَا تُضْرَفُ إِلَى غَيْرِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَمَا جُعِلَ الرِّهْنُ وَثِيقَةً لَهُ فَلَا يُضْرَفُ مِنْ
ثَمَنِهِ إِلَى غَيْرِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ، فَهُوَ كَمَا يَقْبِضُ فِي الرِّهْنِ بَعْضَ حَقِّهِ ثُمَّ يُفْلِسُ
فَيَكُونُ الرِّهْنُ مُتَعَلِّقًا^(٥) بِمَا بَقِيَ مِنَ الْحَقِّ^(٦)، فَكَذَلِكَ مَا حَازَا مَا بَقِيَ مِنَ السَّلْعَةِ
مِنْ الثَّمَنِ فَالسَّلْعَةُ مُرْتَهَنَةٌ بِهِ بِقَدْرِ الْبَاقِي يُقَدَّمُ عَلَى الْغَرَمَاءِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ
عَلَيْهِ جَعَلَ بَقَاءَ السَّلْعَةِ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَثِيقَةً لِلْبَائِعِ، وَسَبِيلُهَا إِذَا تَلَفَ بَعْضُهَا أَنْ
يَكُونَ الْبَاقِي وَثِيقَةً بِمَا بَقِيَ مِنَ الثَّمَنِ كَمَا يَكُونُ فِي الرِّهْنِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَيَجِبُ أَنْ تَقُولُوا: إِذَا قَبِضَ نِصْفَ الثَّمَنِ وَبَقِيَتِ السَّلْعَةُ أَنْ يَكُونَ
الْكُلُّ مُرْتَهَنًا بِنِصْفِ الثَّمَنِ، كَمَا جَعَلْتُمْ ذَلِكَ فِي النِّصْفِ الْبَاقِي، وَكَمَا فَعَلْتُمْ ذَلِكَ

(١) كَتَبَ فَوْقَ السَّطْرِ فِي الْأَصْلِ: «خ: تَجَدَّدَ، خ: حَكْمٌ»، يَشِيرُ إِلَى نَسْخَةِ أُخْرَى: «تَجَدَّدَ لَهُ حَكْمٌ».

(٢) كَذَا فِي الْأَصْلِ، ثُمَّ كَتَبَ بِجَوَارِهِ: «خ: ة». إِمَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْكَلِمَةَ فِي نَسْخَةِ أُخْرَى: «وَاحِدَةً».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «عَيْبًا»، ثُمَّ حَوَّلَ إِلَى الْمُشْتَبِ.

(٤) فِي الْأَصْلِ: «حَكْمًا»، ثُمَّ حَوَّلَ إِلَى الْمُشْتَبِ.

(٥) فِي الْأَصْلِ: «مُتَعَلِّقًا»، ثُمَّ حَوَّلَ إِلَى الْمُشْتَبِ.

(٦) فِي الْأَصْلِ: «الرِّهْنُ»، ثُمَّ ضَرَبَ عَلَيْهِ وَكَتَبَ فِي الْهَامِشِ: «الْحَقُّ».

في الرهن = فالجواب: إنَّ النبيَّ صلى الله عليه إنَّما جعله وثيقةً له بقسْطِ ما بقي من حَقِّه؛ لأنَّ ما قبضه فلا مُطالبةَ له فيه، وقد انفصل الأمرُ بينهما انفصالا لم يُتبقَ بينهما عُلقةٌ يُمكنُ العودُ في المطالبة، وإنَّما أخذت الإفلاسُ حُكْمًا في النصفِ الباقي، وإذا كان الثمنُ متعلِّقًا^(١) بالجميعِ على التَّقْسيطِ فكذلك بقاءُ النصفِ مُتعلِّقٌ بالنصفِ، ألا تَرى أنَّه لو قبض الثَّمَنَ / ثُمَّ فُلْسَ المشتري لم يكن بينهما (٥٢ / ب) مطالبةٌ، فكذلك قبْضُ النصفِ.

وقد تُؤدِّي الضرورةُ إلى جمع المتفرِّق فيصيرُ الحقُّ مُجْتَمِعًا بعد أن كان مُتَفَرِّقًا.

ألا تَرى أنَّ الرجلَ إذا أوصى بعقبي عبيده ولا مالَ له غيرُهم كان تقديرُ ذلك أن يَعتِقَ من كُلِّ واحدٍ منهم ثلثه، فلمَّا لَحِقَ في ذلك الضررُ بالسَيِّدِ والعبدِ جميعًا أُقِرَّعَ وَجُمِعَت^(٢) الحُرِّيَّةُ في واحدٍ والرَّقُّ في اثنين لأن لا يُؤدِّي ذلك إلى الضررِ.

وإذا جاز ذلك لأنَّ الضرورةَ أدَّتْ إليه فكذلك يجوزُ في البيعِ لأنَّ الضرورةَ أدَّتْ إليه، فجميعُ حَقِّه في أحدِ العبدَيْنِ ليكونَ ذلك طريقًا إلى وُصوله إلى حَقِّه.

وذلك كما أعطينا السلعةَ زائدةً بعد أن حَكَمْنَا في حالِ الزيادةِ أنَّ ذلك للمشتري لم يتضمَّنْهُ العقدُ بل هو حادثٌ في ملكه ثُمَّ نَقَلْنَا هذا الحكمَ لِمَا حَدَثَ مِنَ الإفلاسِ إلى غيره فَجَعَلْنَا حكمَ الزيادةِ حكمَ ما تَضَمَّنْهُ العقدُ فَجَعَلْنَاها للبائعِ لأنَّ الضرورةَ أدَّتْ إليه؛ لأنَّه قبل أن يُفْلِسَ سألَ الذمَّةَ، وأخذُ الحقِّ منه ممكنٌ، ولا حاجةَ بنا إلى الرجوعِ إلى السَّلَعِ، ولا إلى جمعِ حَقِّه في واحدٍ، لأنَّه لا حقَّ له في العينِ زائدًا كان أو ناقصًا، فإذا حدث الإفلاسُ تَغَيَّرَ الحكمُ وأدَّتْ الضرورةُ

(١) في الأصل: «متعلق»، ثم حول إلى المثبت.

(٢) في الأصل: «وجمع»، ثم حولت إلى المثبت.

للخوف على مالِ البائع أن يُحكَمَ بخلافِ ما كُنَّا نحكمُ قبل إفلاسه، كما حكَمنا في العتق في حالِ العجزِ بخلافِ ما كُنَّا نحكمُ إذا احتمل المأل.

وكذلك إذا أوصى أن يُعتَقَ عنه ثلاثةٌ لا مالَ له غيرُهم فاحتمل الثلثُ عُتُقُوا، فإن لم يَحْتَمِلْ فالتقديرُ أن يُعتَقَ مِنْ كُلِّ واحدٍ الثلثُ، / غيرَ أن في ذلك ضرراً^(١) عليه وعلى مالِكِهِ، فجمعُ الثلثِ في واحدٍ ليزول^(٢) الضررُ، فكذلك في الإفلاسِ.

فإن قيل: فقد قال الشافعي في الصَّدَاقِ إذا أَتَلَفَتِ النِّصْفَ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدَّخُولِ أَنَّ الزَّوْجَ يَأْخُذُ نِصْفَ مَا بَقِيَ وَنِصْفَ قِيَمَةِ التَّالِفِ، وَلَمْ يَجْمَعْ لَهُ حَقَّهُ فِيمَا بَقِيَ، فَكَذَلِكَ الْإِفْلَاسُ = فَالْجَوَابُ: إِنَّ الْحَكْمَ فِي الْمَرْأَةِ إِنْ أَتَلَفَتِ النِّصْفَ ثُمَّ أَفْلَسَتْ وَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ فَالْحَكْمُ فِي ذَلِكَ كَالْحَكْمِ فِي الْإِفْلَاسِ، وَيُجْمَعُ حَقُّ الزَّوْجِ فِي النِّصْفِ الْبَاقِي، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مُفْلِسَةٍ فَلَا حَاجَةَ بِنَا وَلَا ضَرُورَةَ تُؤَدِّينَا إِلَى أَنْ نَجْمَعَ حَقَّهُ فِي وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ وُضُوءَهُ إِلَى حَقِّهِ مِنْ جِهَةِ الذِّمَّةِ مُمْكِنٌ، كَمَا فَعَلْنَا ذَلِكَ فِي صَاحِبِ السِّلْعَةِ قَبْلَ الْإِفْلَاسِ، فَإِذَا حَدَثَ الْإِفْلَاسُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ جَمِيعًا أَدَّتِ الضَّرُورَةُ إِلَى جَمْعِ حَقِّهِ فِيمَا بَقِيَ مِنَ السِّلْعَةِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



(١) في الأصل: «ضرر»، ثم حول إلى المثبت.

(٢) في الأصل: «لزوال»، ثم كتب فوقه: «ليزول».

سُئِلَ الْمَزْنِيُّ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَيَمَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا فَاسِدًا فِي عَقْدِ بَيْعٍ: «إِنَّ الْعَقْدَ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ»، واحتجَّ به بحديثِ بَرِيرَةَ، وأنَّ ذلك قول أبي ثَوْرٍ وحسين^(١).

قال المزني: قد كان الشافعي قد قال بذلك قديمًا ثم رجع عنه ورغب عن القول به إلى ما هو أولى به عندي من تأويلِ حسين وأبي ثورٍ وداود، والحديثُ محتملٌ لصفة رسول الله صلى الله عليه؛ لأنه يأمرُ بالمعروفِ وينهى عن المنكر، وفي إنكاره في هذا الحديث دليلٌ لقوله: «ما بال رجالٍ يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطًا ليس في كتاب الله فهو باطلٌ، وإن كان مئةَ شرطٍ، كتابُ الله أحقُّ، وشرطه أوثقُ»^(٢). فأخبر صلى الله عليه أن الذي طلبوا من الشرط في بَرِيرَةَ باطلٌ / يُحَذَّرُ (٥٣ / ب) الناسَ وَيَخْطُبُ به عليهم نُصْحًا لهم، فكيف يأمرُ به وهو ينهى عنه؟ والله عزَّ وجلَّ قد ذمَّ قومًا بأن قال: ﴿أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ﴾ [البقرة: ٤٤]. ورسولُ الله صلى الله عليه في أهله أشدُّ في منعِ الباطلِ، وهذا ما لا خلافَ فيه من صفةِ رسول الله.

(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٣٩٩٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٦٨) ومسلم (١٥٠٤) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: جاءني بَرِيرَةُ فقالت: كاتب أهلي على تسع أواق، في كل عام وقية، فأعينيني، فقلت: إن أحبَّ أهلِكَ أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت. فذهبت بَرِيرَةُ إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسولُ الله ﷺ جالسٌ، فقالت: إني قد عرضتُ ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاءُ لهم، فسمع النبي ﷺ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ، فقال: خذوها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاءُ لمن أعتق. ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد، ما بال رجالٍ يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مئةَ شرطٍ، قضاءُ الله أحقُّ، وشرطُ الله أوثقُ، وإنما الولاءُ لمن أعتق.

ويحتمل قوله عَلَيْهِ السَّلَام ما هو أَوْلَى به وبصفتِهِ في قوله: «اشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ» أن يكونَ عَنَى: «اشْتَرِطِي عَلَيْهِمْ وَبَيَّنِّي لَهُمْ وَلَا تُغْرِهِمْ وَأَعْلِمِيهِمْ أَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ»، وقد قال الله عَزَّوَجَلَّ في كتابه: ﴿لَهُمُ اللَّعْنَةُ﴾ [الرعد: ٢٥]، وقال: ﴿عَلَيْهِمْ لَعْنَةُ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١٦١]، فكانت: «لَهُمْ» في معنى: «عليهِمْ»، وقال: ﴿هَآتَيْنَهُمْ هَتُؤُلَاءَ جَدَلْتُمْ عَنْهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ - إلى قوله: - ﴿أَمْ مَنْ يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا﴾ [النساء: ١٠٩]، فكانت في معنى «لَهُمْ»، وقال: ﴿وَلَا تَجْهَرُوا لَهُ بِالْقَوْلِ كَجَهْرِ بَعْضِكُمْ لِبَعْضٍ﴾ [الحجرات: ٢]، فكانت «لَهُمْ» في معنى «عليهِمْ»، وإذا احتمل قولُ رسول الله صلى الله عليه وآله أمرين: أحدهما به شبيهة والآخر بعيدٌ من شبيهه كان ما أشبهه أحمقُ بنا فيه، وعلى المسلمين جميعًا إذا اُحْتَمَلَ الخبرُ عن رسول الله صلى الله عليه وآله أمرين: أحدهما: مسخوطٌ، والآخر: محمودٌ، ألا يُحَقَّقَ عليه إلا المحمودُ.

وهذا ما قاله الشافعيُّ عندنا، وأبطل به ما كان من جوابه قبل أن يُقدِّم إلينا، وهو عندي معنى القرآن، قال الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فنهى تبارك وتعالى أن تُؤْكَلَ الأموالُ إلا عن تراضٍ من أهلها، فإذا كان المالك لم يَرْضَ بالبيعِ إلا وله ملكٌ ولاءٌ فكان لا ولاءَ له فلا رِضا، لأنَّ الرِّضا إنَّما كان معقودًا بأنَّ له الولاءَ، لا بأن لا يكونَ له ولاءٌ، فإذا لم يكن له ولاءٌ لم يكن ^(١) بيعًا عن / رِضا، فإذا لم يكن له بيعًا عن رِضا فالملكُ بحاله لصاحبه إذ ^(٢) لم يَرْضَ، ولو جاز أن يُبْطَلَ المحرَّمُ في البيعِ وَيُثْبِتَ البيعُ لجاز لو باعه سلعةً بدراهمَ واشترط ^(٣) مع الدراهم رطلا من خمرٍ أو دمٍ أو اشترط المشتري مع السلعة رطلا من خمرٍ أو دمٍ لجاز البيعُ بما يجوزُ دون

(١/٥٤)

(٢) في الأصل: «إذا» ثم ضرب على الألف.

(١) زاد في الأصل: «له» ثم ضرب عليه.

(٣) في الأصل: «فاشترط» ثم حول إلى المثبت.

المَحَرَّم الذي اشترط، ولا أعلمُ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ أَجَازَ هَذَا الْبَيْعَ لِلشَّرْطِ^(١)
المَحَرَّمِ فِي الْبَيْعِ، فَلَمَّا بَطَلَ الشَّرْطُ فِي ذَلِكَ بَطَلَ الْبَيْعُ كَانَ كَذَلِكَ كُلُّ شَرْطٍ حَرَامٍ
يُبْطَلُ الْبَيْعُ، وَهَذَا عَلَى مَا قُلْنَا دَلِيلٌ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

وَذَكَرْتَ أَنَّكَ كَلَّمْتَ أَبَا سَلِيمَانَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَاحْتَجَجْتَ عَلَيْهِ بِمَا سَمِعْتَ
مِنْ تَأْوِيلِ حَدِيثِ بَرِيرَةَ بِأَنَّ قَوْلَهُ: «عَلَيْهِمْ» = «لَهُمْ»، فَذَكَرْتَ أَنَّ أَحْسَنَ مَا احْتَجَّ
أَنْ قَالَ: كَيْفَ يَأْمُرُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَنْ تَشْتَرِطَ الْوَلَاءَ لِنَفْسِهَا وَهُوَ لَهَا؟ فَكَيْفَ
يَشْتَرِطُ الْإِنْسَانُ مَا لَهُ؟ أَكَانَ جَائِزًا أَنْ تَقُولَ لَهُمْ: أَشْتَرِيهَا مِنْكُمْ عَلَى أَنِّي إِذَا أَنْفَذْتُ
الْثَمَنَ فَهِيَ لِي؟ فَهَذَا يُوضِّحُ قَوْلَهُ.



قال أبو إسحاق:

وَذَكَرَ الْمَزْنِي مِنْ كَلَامِهِ مَعَ دَاوُدَ وَحُسَيْنٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَأَطَالَ إِطَالَةً خَرَجَ
عَنِ الْمَسْأَلَةِ فِيهِمَا، فَأَسْقَطْنَا ذِكْرَ ذَلِكَ وَاقْتَصَرْنَا عَلَى مَا كَانَ كَلَامًا فِي الْمَسْأَلَةِ وَمَا
تَحْتَمِلُهُ قِصَّةُ بَرِيرَةَ مِنْ^(٢) الْمَعَانِي الَّتِي تَحْتَمِلُهُ، وَجَمَلُهُ ذَلِكَ:

إِنَّ أَمْرَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ عَائِشَةَ أَنْ تَشْتَرِطَ لَهُمُ الْوَلَاءَ يَحْتَمِلُ وَجُوهًا سَبِيلُهَا
أَنْ تُعَرِّضَ عَلَى الْأَصُولِ، فَمَا قَبَلَتْهُ الْأَصُولُ قِيلَ بِهِ:

فَأَحْدُهَا: مَا كَانَ الشَّافِعِيُّ يَقُولُهُ فِي الْقَدِيمِ، إِنَّ الْخَبَرَ عَلَى ظَاهِرِهِ، وَإِنَّ كُلَّ عَقْدٍ

فِي عَتَقٍ وَغَيْرِهِ اشْتَرِطَ فِيهِ شَرْطٌ فَاسِدٌ^(٣) فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ / وَالْبَيْعُ صَحِيحٌ، عَلَى (٥٤ / ب)
ظَاهِرٍ مَا يُوجِبُ هَذَا الْخَبَرَ مِنْ إِبْطَالِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ مَا اشْتَرَطَهُ الْقَوْمُ عَلَى

(١) فِي هَامِشِ الْأَصْلِ: «خ: بِشَرْطٍ». (٢) فِي الْأَصْلِ: «فِي» وَكُتِبَ فَوْقَهُ: «مِنْ».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «شَرْطًا فَاسِدًا»، ثُمَّ حُولَ إِلَى: «شَرْطٌ فَاسِدٌ».

عائشة إذ كان ذلك شرطًا باطلا وإجازته البيع والعق، وجعل الشافعي ذلك على ظاهره في جميع العقود من عتي وغيره.

فمن قال بهذا القول انفصل مما أدخله المزي رَحِمَهُ اللهُ مِنْ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى مَنْ بَاعَ سَلْعَةً بِدِرَاهِمٍ وَاشْتَرَطَ مَعَ الدِّرَاهِمِ رَطْلًا مِنْ خَمِيرٍ أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ أَنَّ هَذَا لَا يَلْزَمُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الَّذِي أَجَازَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَبْطَلَ الشَّرْطَ هُوَ بَيْعُ السَّلْعَةِ وَالثَّمَنِ فِيهِ سَلِيمٌ لَا شَرْطَ فِيهِمَا وَلَا فُسَادَ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ فِي غَيْرِ السَّلْعَةِ وَغَيْرِ الثَّمَنِ، فَلِذَلِكَ أَبْطَلَ الشَّرْطَ، وَأَمَّا إِذَا وَقَعَ الْفُسَادُ فِي السَّلْعَةِ أَوْ فِي الثَّمَنِ فَلَا عَقْدَ؛ لِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ لَا يُسْتَعْنَى فِيهِ عَنِ السَّلْعَةِ وَعَنِ الثَّمَنِ، وَيُسْتَعْنَى فِيهِ عَنِ الشَّرْطِ الزَّائِدَةِ عَلَى ذَلِكَ، فَمَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ صَحِيحًا أُجِيزَ، وَمَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ فَاسِدًا أُبْطِلَ، وَالْعَقْدُ سَلِيمٌ بِسَلَامَةِ السَّلْعَةِ وَالثَّمَنِ مِنَ الْفُسَادِ، وَقَدْ يَفْعَلُ الْمَزِي ذَلِكَ كَثِيرًا.

أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ جَلَّ وَعَزَّ نَهَى عَنِ الْبَيْعِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ قَبْلَ الصَّلَاةِ وَأَمَرَ بِالسَّعْيِ إِلَى الْجُمُعَةِ، وَلَوْ عَقَدَ^(١) ذَلِكَ لَكَانَ الْبَيْعُ جَائِزًا وَإِنْ كَانَ فِي عَقْدِهِ عَاصِيًا، وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ عَنِ بَيْعِ الْغَرَرِ، وَنَهَى عَنِ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صِلَاحُهَا، وَنَهَى عَنِ الْمَلَامَسَةِ وَعَنِ الْمُنَابَذَةِ^(٢)، وَلَوْ عَقَدَ ذَلِكَ لَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَسْلَمْ فِي الْمَشْتَرَى / وَلَا فِي الثَّمَنِ، وَإِنَّمَا نَهَى لِلْغَرَرِ فِي السَّلْعَةِ، فَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا، وَالْبَيْعُ فِي حَالِ النَّدَاءِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ السَّلْعَةُ وَالثَّمَنُ لَا فُسَادَ فِيهِمَا، وَلَمْ يَنْهَ^(٣)

(١/٥٥)

(١) فِي الْأَصْلِ: «عَقْدًا» ثُمَّ ضُرِبَ عَلَى الْأَلْفِ.

(٢) حَدِيثُ النَّهْيِ عَنِ بَيْعِ الْغَرَرِ وَحَدِيثُ النَّهْيِ عَنِ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صِلَاحُهَا تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُمَا فِي مَسْأَلَةِ السَّلَفِ جَزَافًا، وَأَمَّا حَدِيثُ النَّهْيِ عَنِ بَيْعِ الْمَلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ فَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٢١٤٤) وَمُسْلِمٌ (١٥١٢) مِنْ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُنَابَذَةِ، وَهِيَ طَرَحُ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ بِالْبَيْعِ إِلَى الرَّجُلِ قَبْلَ أَنْ يَقْلِبَهُ أَوْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ، وَنَهَى عَنِ الْمَلَامَسَةِ، وَالْمَلَامَسَةُ لِمَسِ الثَّوْبِ لَا يَنْظُرُ إِلَيْهِ.

(٣) فِي الْأَصْلِ: «يَنْهَى» بِإِثْبَاتِ الْأَلْفِ، ثُمَّ ضُرِبَ عَلَيْهَا، وَكُتِبَ فِي الْهَامِشِ: «يَنْهَى» مُصَحَّحًا.

عن البيع لمعنى في أحدهما، فجاز من أجل ذلك البيع، وذلك دليل على أن كل نهى يدخل في البيع بمعنى في السلعة أو في ثمنها فالبيع باطل، وكل نهى دخل في ذلك من أجل غيرهما فالبيع صحيح.

وإذا كان ذلك كذلك فخير بريرة لا شرط في السلعة ولا في ثمنه، وإنما الشرط في الولاء الذي رُبما وجب به حق ورُبما لم يجب، أعني: الميراث، وقد يُعتقه وهو على غير دينه فلا يثبت له الولاء بعثقه ويصير ماله إلى غيره، ولم يبطل البيع من أجله، واقتصر على فساد الشرط من أجله، وهذا تفرق صالح.

وكذلك ما اعتل به من قوله عز وجل: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وأن المالك لم يرض بالبيع إلا وله ملك ولأى^(١)، فلما بطل ولاؤه بطل الرضا بالبيع، فوجب من أجل ذلك أن يكون البيع باطلا، لأن لا يكون^(٢) بيعا عن غير تراض = فهذا أيضا غير لازم؛ لأن أصل البيع وقع عن تراض، وإنما اشترط ذلك في أصله، وقد يقع في فروعه ما يلحقه الفساد ولا^(٣) تبطل بذلك أصوله، ألا ترى أن النكاح هو عقد من العقود لا يجوز إلا عن تراض، وقد يعقد على شيء يلحق الفساد في مهرها فترد إلى مهر مثلها أو إلى غير ما فارقت عليه ولا يبطل عقد النكاح من أجل ذلك، ولا يكون ذلك داخلا في أكل المال بالباطل / ولا ارتكاب الفرج المحظور؛ لأننا إنما فعلنا ذلك بدلائل (٥٥/ ب) الأصول، فكذلك إذا اشترط البائع على المشتري أن الولاء له أبطلنا شرطه وأثبتنا البيع بالسنة، وكان ذلك خارجا من جملة أكل المال بالباطل كما خرج ما ذكرنا.

(١) في الأصل: «والا»، والظاهر أنه تصحيف من: «ولا»، وهي الطريقة التي يكتب بها كلمة: «ولاء».

(٢) كذا في الأصل، وفي الهامش: «خ: لأنه يكون».

(٣) كذا في الأصل، وكتب فوقه: «فلا».

وهذا قول كان الشافعي رحمه الله يقوله في القديم، ثم رجع عن ذلك في الجديد وقال ما نذكره.

فهذا أحد الوجوه الذي يحتمله خبر بريرة.

والوجه الثاني: أنه يمكن أن يكون النبي صلى الله عليه أبطل الشرط في قصة بريرة وأجاز البيع والعتق خصوصية في العتق، لا يتخطى به إلى غيره من سائر البياعات، ويكون ذلك جائزاً إذا اشترط ذلك الآن، فيحكم ببطلان الشرط وإجازة البيع، ولا يجوز ذلك في سائر البيوع، كما خص العتق بأشياء لا تجوز في غيره من العقود تأكيداً لأمر الحرية وخصوصية له.

ألا ترى أنه لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه لكان ذلك جائزاً بدلالة خبر بريرة، ولو اشترط في شراء سلعة أو ضيعة أن يوقف المشتري أو لا يخرج عنه ملكه أو يخرج عنه ملكه في وقت أو يتصدق به لكان البيع فاسداً، وإنما يجوز ذلك في العتق خاصة [لأنه^(١)] شرط يؤدي إلى الحرية، وإبطال الشرط يمنع من الحرية، فكذا فساده في البيع من أجله يمنع من إيقاع الحرية، وأجيز البيع والشرط جميعاً ليؤدي^(٢) ذلك إلى وقوع الحرية، فكذا لما اشترط في قصة بريرة شرطاً في الولاء يمنع من إكمال حكم العتق لم يخل^(٣) ذلك من أحد ثلاثة أوجه:

إمّا إبطال الشرط والبيع، فإبطالهما يؤدي / إلى المنع من العتق. (١/٥٦)

أو إجازتهما جميعاً، فإجازتهما يمنع من كمال شرط العتق، لأن من شرط العتق ثبوت الولاء للمعتق.

(١) في الأصل: «لأن» بدون هاء.

(٢) كتب في الأصل: «ليودا» بالالف، وكذلك تكتب الألف المقصورة في النسخة، ثم حولت إلى الياء.

(٣) في الأصل: «لم يخلوا»، ثم حول إلى المثبت.

أو إبطال الشرط وإجازة البيع لأن لا يؤدي فساد البيع إلى المنع من العتق، ولا تؤدي إجازة الشرط إلى المنع من كمال حقوق العتق، فلم يبطل جميعاً ولا أجزأ جميعاً.

فبطل القسمان^(١)؛ لأنهما يمنعان جميعاً من الحرية وكمال حكمه، وصح القسم الثالث، من جواز البيع ليدل على الحرية، وفساد الشرط ليكمل حكم الحرية، ويكون ذلك خصوصية في أمر العتق تأكيداً لأمره، كما ذكرنا من شرط العتق، وكما صح من السراية، وأن جنايته على ملكه تؤدي إلى الجناية على ملك غيره فتتلفه تغليبا لأمر الحرية، وذلك غير جائز في شيء من العقود، فكذلك ما ذكرنا.

وإذا قيل بهذا الوجه أجري أيضاً الخبر على ظاهره وعمل ذلك إذا اشترط في هذا الوقت، غير أنه لا يتخطى من العتق إلى غيره.
وهذا الوجه أشبه بالأصول من الوجه الأول.

والوجه الثالث: أن يقال: يحتمل أن يكون أمر النبي صلى الله عليه وآله باشتراط الولاء لهم إنما كان على جهة الإنكار ليفعلهم، لا رضا منه بذلك الشرط؛ لأنه كان قد تقدم منه من قوله ما يوجب امتناعهم من هذا الشرط، مثل قوله: «إنما الولاء لمن أعتق». وقوله: «الولاء لخمّة كلخمّة النسب، لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»^(٢). فلما لم

(١) في الأصل: «القسمين» ثم كتبت الألف.

(٢) أخرجه الشافعي عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر ÷ كما في «معركة السنن والآثار» للبيهقي (٤٠٩/١٤) دون ذكر قوله: «ولا يورث». قال البيهقي: «كذا رواه الشافعي عن محمد بن الحسن الفقيه عن أبي يوسف القاضي، وكأنه رواه محمد بن الحسن للشافعي من حفظه فنزل عن ذكر عبيد الله بن عمر في إسناده، وقد رواه محمد بن الحسن في (كتاب الولاء) عن أبي يوسف عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي ﷺ باللفظ الذي رواه الشافعي عنه، وهذا اللفظ بهذا الإسناد غير محفوظ، ورواية =

يَرْتَدُّ عُوا بِهَذَا الْقَوْلِ، وَأَقْدَمُوا عَلَى خِلَافِهِ، وَامْتَنَعُوا مِنَ الْبَيْعِ إِلَّا بِهِ، وَعَرَفَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ ذَلِكَ = غَضِبَ فِي مُخَالَفَتِهِمْ لَهُ وَقَالَ لِعَائِشَةَ: أَجِيبِيهِمْ إِلَى مَا سَأَلُوا / (٥٦/ ب) مِنْ الشَّرْطِ، فَإِنَّ ذَلِكَ غَيْرُ ضَائِرٍ لَكَ وَالْوَلَاءُ رَاجِعٌ إِلَيْكَ، وَتَرَكَّهَا حَتَّى اشْتَرَطْتُ لِيَفْسَخَ هُوَ عَلَيْهِمْ فِعْلاً، فَيُزُولَ بِذَلِكَ الطَّمَعُ، وَيَتَشِيرَ بِذَلِكَ سَخَطُهُ عَلَى فَاعِلِهِ وَإِنْكَارُهُ لِفِعْلِهِ، فَلَا يُقَدِّمَ عَلَى ذَلِكَ أَحَدٌ بَعْدَهُ.

فَيَكُونُ مَا حَكَّمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ مِنْ إِجَازَةِ الْبَيْعِ وَالْعَتَقِ وَإِبْطَالِ الشَّرْطِ خُصُوصًا، لَا يَجُوزُ مِثْلُهُ الْآنَ، بَلْ لَوْ اشْتَرَطَ ذَلِكَ مُشْتَرِطٌ لَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ إِنَّمَا أَجَازَ فِعْلَ ذَلِكَ مَعَ إِبْطَالِ الشَّرْطِ لِأَنَّهُ لَوْ أَبْطَلَ الْبَيْعَ لَمَّا أُمِّكِنَ الْإِحَاقُ بِالْوَلَاءِ بِالنَّسَبِ فِعْلاً، لِأَنَّ الْعَتَقَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي مِلْكٍ، فَإِذَا بَطَلَ الْمِلْكُ بَطَلَ الْعَتَقُ، وَإِذَا بَطَلَ الْعَتَقُ بَطَلَ الْوَلَاءُ، فَأَجَازَ الْبَيْعَ وَالْعَتَقَ وَأَبْطَلَ الشَّرْطَ فِي الْوَلَاءِ لِيَصِحَّ إِنْكَارُهُ لِمَا أَنْكَرَ وَيَتَشِيرَ ذَلِكَ وَيُظْهَرَ، وَقَدْ زَالَ الْآنَ ذَلِكَ، فَإِنْ اشْتَرَطَ ذَلِكَ مُشْتَرِطٌ كَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا.

وَيَكُونُ مَجْرَى خُصُوصِيَّةِ ذَلِكَ مَجْرَى مَا رُوِيَ فِي رِضَاعِ سَالِمٍ خَمْسًا وَهُوَ رَجُلٌ لَمَّا كَانَ وَقَعَ مِنْ إِبْطَالِ التَّبْنِيِّ، وَمَا غُلِّظَ عَلَيْهِمْ لَمَّا قَدْ جَرَتْ الْعَادَةُ بِخِلَافِهِ مِنْ تَكْشُفِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ عَلَى أَنَّهُمْ أَوْلَادٌ، فَجُعِلَ الرِّضَاعُ لَهُمْ طَرِيقًا إِلَى أَنْ يَجْرُوا عَلَى عَادَتِهِمْ وَلَا تَلْحَقَهُمُ الْمَشَقَّةُ فِي الْإِنْتِقَالِ، فَكَانَ ذَلِكَ خُصُوصِيَّةً مِنْ أَجْلِ هَذَا الْمَعْنَى، فَلَمَّا بَطَلَ ذَلِكَ الْمَعْنَى وَبَطَلَ مَا عَدَا النَّسَبَ وَالرِّضَاعَ عَادَ أَمْرُ الرِّضَاعِ إِلَى مَا كَانَ مِنْ أَنَّ ذَلِكَ لَا يُحَرِّمُ إِلَّا فِي الْحَوْلَيْنِ بِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

= الجماعة عن عبيد الله بن دينار عن ابن عمر: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء، وعن هبته. وانظر «التلخيص» للحافظ (٣٢٦٦/٦).

ونحو ذلك ما كان عليه أهل الإسلام من تَجَنُّبِ العمرة في أشهر الحجَّ وَيَعْدُوا ذلك من الكبائر إلى أن نَزَلَ قوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوِ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾ [البقرة: ١٥٨]، / فأَدْخَلَ اللهُ عَزَّوَجَلَّ العمرة في أشهر الحجَّ وأَبَاحَ ذلك لهم، فاشتدَّ ذلك عليهم وامتنعوا من فعله لِمَا قد جَرَتْ العادةُ به، فَلَمَّا أَمَرَهُم النبيُّ صلى الله عليه أن يَجْعَلُوا إحرامهم عمرةً وعَرَّفَهُمْ تَعَذُّرَ ذلك عليه من أجل الهدى الذي ساقه امتنعوا عليه وأَبَوْا أن يَأْتُوا إِلَّا بالحجَّ حتى راجعوه وقالوا له: كيف نَخْرُجُ إلى مِنَى ومذاكيرنا تَقْطُرُ منى، حتى قال لهم النبيُّ صلى الله عليه: «لو اسْتَقْبَلْتُ مِنْ أَمْرِي مَا اسْتَدْبَرْتُ مَا سَقَتْ الهدى، ولَجَعَلْتُها عمرةً، حتَّى أَكُونَ كوَاحِدٍ مِنْكُمْ، وَلَا تُلْحَقَكُمْ المشقةُ فيه»^(١). وخاف صلى الله عليه أن يُقِيمُوا على امْتِنَاعِهِمْ على ما اعتادوه من الحَظَرِ فَيَصِيرُوا عُصَاةً، ففَسَخَ عليهم حجَّهم فعلا، لِيُزُولَ ما هم عليه من العادة، وَيَأْمَنَ ما يَتَخَوُّهُ عليهم من المعصية، وَيُدْخَلَ العمرة في أشهر الحجَّ ضرورةً، فتزول بذلك العادة، وَيَهُونَ على مَنْ كان يَغْلُظُ عليه فعله، وزال بذلك الفعل المعنى الذي كان يَتَخَوُّهُ، وتَقَرَّرَ العمرة في أشهر الحجَّ إلى يوم القيامة، وارتفعَ ذلك الحكم لارتفاعِ المعنى، وصار لهم خاصًّا دُونَ مَنْ بعدهم.

وإذا كان^(٢) ذلك في أمر الحجَّ وأمر الرضاعِ جاز ذلك في أمر الولاء، ثُمَّ ارتفع ذلك وصار الشرطُ في ذلك يُؤَدِّي إلى بطلانِ البيعِ والعتقِ، والله أعلم.

والوجه الرابع: ما ذكره الشافعيُّ واختاره المزنيُّ، وهو أن قوله ﷺ: «اشترطي لهم الولاء» معناه: اشترطي عليهم، على تأويلِ قوله: ﴿لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ﴾

(١) أخرجه البخاري (٧٢٢٩) ومسلم (١٢١١) من حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا بلفظ: «لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما سقت الهدى، ولحللت مع الناس حين حلوا».

(٢) كذا في الأصل، ثم كتب فوقه: «خ: جاز».

[الرعد: ٢٥] أراد: عليهم، فكان النبي صلى الله عليه أنكر قول عائشة فيما طالبوها به وأمرها بالحق، وهو أن الولاء لها، ألا ترى إلى قوله / صلى الله عليه: «اشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق»، فحمل قوله: «اشترطي لهم» على ما يوافق قوله: «فإن الولاء لمن أعتق»، ثم أكد ذلك بأن خطب فقال في خطبته: «ما بال أقوام يشترون شروطًا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطًا ليس في كتاب الله فهو باطل».

وهذا تأويل محتمل، وجميع هذه الوجوه محتملة، وقد قيل فيه غير ذلك.

* وأما ما حكى المزي عن دواد بن علي من قوله: كيف يشتري الإنسان ما له = فهذا غير جائز إذا كان البيع على السلامة وعلى تسليم الحقوق التي توجبها الشريعة فلا معنى لاشتراطه ما يوجب العقد له، فأما إذا كان البائع ممتنعًا من تسليم شرائط العقد الذي^(١) يوجب الإطلاق ومشتريًا لنفسه أشياء تبقى على ملكه جاز حينئذ أن يقال للمشتري: لا تدخل في هذا الشراء على ما يدل ذلك، فإن ذلك محظور، واشترط عليه استيفاء حقوق البيع الذي تجب لك عليه، وهذا الشرط جائز في البيع إذا كان هذا وصفه، والله أعلم.



(١) هكذا في الأصل، وكتب فوقه: «خ: التي».

١٤ مسألة [حلف أن لا يشتري فاشترى شراء فاسدا]

حكى المزي عن الشافعي رحمه الله أنه قال: «لو حلف أن لا يشتري اليوم شيئا، فاشترى شراء فاسدا: إنه لا يحنث».

قال المزي: على معنى قوله هذا إذا حلف الرجل ليطأ الساعة فوجدها حائضا فوطئ وهي حائض أن لا يبر.



قال أبو إسحاق:

الاجواب

إن ما حكاه عن الشافعي رحمه الله فيمن حلف أن لا يشتري فاشترى شراء فاسدا أنه لا يحنث فصحيح؛ لأن شري الفاسد ليس بشري في الحقيقة، وإنما يسمى شراء على الاتساع وعلى المجاز؛ لأنهما قصدا إلى ذلك، كما سميّا متبايعين إذا قصدا وتساوما وإن / لم ينعقد بينهما بيع، وكذلك الشراء الفاسد.

(٥٨ / ١)

وأما ما قاله على معناه في الوطئ إذا كانت حائضا أنه لا يبر فليس هذا مذهب الشافعي، بل مذهبه أنه يبر، حائضا كانت أو طاهرا^(١)؛ لأن ذلك وطئ في الحقيقة، حائضا كانت أو طاهرا^(٢)، ومحل ذلك محل من حلف أن لا يشتري فتلقى الركبان فاشترى، أو اشترى في وقت صلاة الجمعة، فيكون حائضا وإن كان في شرائه عاصيا، لأن الشري صحيح وإن عصا الله في شرائه، فكذلك الوطئ وطئ في الحقيقة وإن كانت حائضا، فلذلك لم يلحقه الحنث.

(١) في الأصل: «طاهرة»، ثم حوت إلى المثبت.

(٢) في الأصل: «طاهرة»، ثم حوت إلى المثبت.

فَأَمَّا الشَّرَى الْفَاسِدُ فَخَارِجٌ عَنْ يَمِينِهِ بَرًّا كَانَ أَوْ حِنْثًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرَى، وَالْإِيمَانُ فِي الْبَيْعِ وَالشَّرَى إِنَّمَا تَوَقَّعُ عَلَى بَيْعٍ صَحِيحٍ وَشَرَى صَحِيحٍ، فَلَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَبِيعَ عَبْدَهُ فَبَاعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا لَمْ يَحْنَثْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبِيعْ، وَإِنَّمَا قَصَدَ إِلَى الْبَيْعِ فَلَمْ يَتِمَّ لَهُ، كَذَلِكَ إِذَا حَلَفَ عَلَى الشَّرَى فَاشْتَرَى شَرَاءً فَاسِدًا فَإِنَّمَا قَصَدَ إِلَى الشَّرَى الَّذِي جَعَلَهُ اللَّهُ سَبَبًا لِمَلِكِهِ فَلَمْ يَمْلِكْهُ لِأَنَّهُ كَانَ فَاسِدًا، وَكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَهَبَ أَوْ لَا يَتَّهَبَ فَوَهَبَ هَبَةً فَاسِدَةً أَوْ قَبِلَ هَبَةً فَاسِدَةً لَمْ يَحْنَثْ، لَخُرُوجِهِ عَنِ الْاسْمِ، لَا لِلْمَعْصِيَةِ وَلَا الطَّاعَةِ.

وَنظِيرُ ذَلِكَ مَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «إِنْ شَارِبَ الْمُسْكِرِ مُتَأَوَّلًا عَلَيْهِ فِيهِ الْحَدُّ، وَنَاكِحَ الْمَتْعَةِ مُتَأَوَّلًا لَا حَدَّ عَلَيْهِ»، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ حَرَامًا كَالْمُسْكِرِ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا فِي إِسْقَاطِ / الْحَدِّ وَإِجَابِهِ مِنْ جِهَةِ التَّأْوِيلِ، لِأَنَّ التَّأْوِيلَ فِيهِمَا وَاحِدٌ، وَالْحُدُودُ إِلَى اجْتِهَادِ الْإِمَامِ، فَإِذَا أَدَّى اجْتِهَادُهُ إِلَى إِجَابِهِ أَقَامَهُ وَإِنْ كَانَ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافٌ أَوْ تَأْوِيلٌ، وَفِي نِكَاحِ الْمَتْعَةِ اخْتِلَافٌ وَتَأْوِيلٌ كَمَا فِي شَارِبِ الْمُسْكِرِ. وَإِنَّمَا حَدَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْمُسْكِرِ لِأَنَّ التَّأْوِيلَ لَا يُزِيلُ اسْمَهُ، لِأَنَّ اسْمَهُ مُسْكِرٌ فِي الْحَالَيْنِ جَمِيعًا، وَقَدْ قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ كُلَّ مُسْكِرٍ^(١) حَرَامٌ، وَأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْخَمْرِ، فَأَوْجَبَ الْحَدَّ فِيهِ، وَكَذَلِكَ عَلَى مَذْهَبٍ مَنْ يُسَمَّى كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرًا عَلَى مَا جَاءَ بِهِ الْخَبَرُ فَأَقَامَ الْحَدَّ لِثُبُوتِ اسْمِهِ عِنْدَهُ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ اخْتِلَافٌ^(٢).

وَنِكَاحُ الْمَتْعَةِ فَلَا يُسَمَّى عِنْدَ أَحَدٍ زِنًا^(٣)، وَالْحَدُّ فَإِنَّمَا جُعِلَ فِي الزَّانَا، فَلَمَّا كَانَتِ الْعُقُودُ الْمُخْتَلَفُ فِيهَا يُزَوَّلُ فِيهَا اسْمُ الزَّانَا وَيَحْدُثُ لَهَا اسْمٌ آخَرُ وَالْحَدُّ فَإِنَّمَا

(١) كَتَبَ فِي هَامِشِ الْأَصْلِ: «خ: مُسْكِرٌ خَمْرٌ وَكُلُّ مُسْكِرٍ».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «اخْتِلَافًا».

(٣) كَتَبَ فِي هَامِشِ الْأَصْلِ: «خ: عِنْدَهُ زِنًا».

جُعِلَ فِي الزَّنا سَقَطَ الحَدُّ فِي نِكَاحِ المَتعة، وَفِي الشُّغارِ، وَفِي نِكَاحِ المَحَلِّ، وَفِي النِّكَاحِ بِلَا وَلِيٍّ، وَمَا كَانَ فِي مَعْنَاهَا، لِزَوَالِ الاسْمِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ الحَدَّ، وَلَوْ جَازَ أَنْ يُسَمَّى زَانِيًا مَعَ هَذِهِ العُقُودِ لَحَدَّزْنَاهُمْ كَمَا حَدَّزْنَا العَاقِدَ عَلَى أُمِّهِ وَعَلَى أُخْتِهِ وَعَلَى ذَوِي مَحَارِمِهِ وَلَمْ نَلْتَفِتْ إِلَى عَقْدِهِ؛ لِأَنَّ عَقْدَهُ عَلَيْهِنَّ لَا يُزِيلُ اسْمَ السُّفَاحِ، فَثَبَّتَ الحَدَّ لِبَقَاءِ الاسْمِ المَوْجِبِ لِلحَدِّ، وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَالَ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا المَهْرُ بَمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»^(١)، فَلَمْ يُوجِبْ عَلَيْهِمَا حَدًّا وَإِنْ كَانَ العَقْدُ فَاسِدًا لَزَوَالِ اسْمِ الزَّنا.

وهذا الذي ذكرنا كُلهُ دليلٌ على أنَّ ما / أجاب المزيُّ على مذهبِ الشافعيِّ (١/٥٩) في الوطئِ فليسَ مذهبُه، بل مذهبُه أنَّه بَارٌّ فِي يَمِينِهِ، سَوَاءٌ وَطِئَهَا حَائِضًا أَوْ طَاهِرًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



(١) أخرجه أبو داود (١٠٨٣) والترمذي (١١٠٢) وابن ماجه (١٨٧٩) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. وانظر «التلخيص» للحافظ (٢٢٧٦/٥).

١٥ مسألة [أمة العبد المأذون له في التجارة]

قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: «وأمة العبد المأذون له في التجارة ممنوعة من السيد حتى يَقْضِيَ دَيْنًا إن كان عليه ويُحْدِثَ له حَجْرًا، ثُمَّ هي أَمْتُهُ، ولو أراد السيد أن يُزَوِّجَهَا دُونَ الْعَبْدِ أَوْ الْعَبْدُ دُونَ السَّيِّدِ لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلَا وَلَايَةً لِلْعَبْدِ بِحَالٍ وَلَوْ اجْتَمَعَا عَلَى تَزْوِيجِهَا»^(١).

قال المزني: القياسُ عندي على أَصْلٍ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ مِنْ أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَهَبَ لَهُ سَيِّدُهُ أُمَّةً فَيَطَّأَهَا لِأَنَّهُ مَالٌ لَا يَمْلِكُ مِثْلَهُ، وَيَتَأَوَّلُ قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ»^(٢) يَخْبِرُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْمَالَ لِلْبَائِعِ أَوْ الْمُبْتَاعِ دُونَ الْعَبْدِ، وَيَحْتَجُّ بِأَنَّ إِضَافَةَ الْمَالِ إِلَى الْعَبْدِ كَمَا يُضَافُ إِلَى مُعَلِّمِ الْكُتَّابِ الْغُلَّامَانِ، وَالْمَاشِيَةِ إِلَى الرَّاعِي، وَالسَّرْجِ إِلَى الْفَرَسِ، يَقُولُ: مَنْ بَاعَ فَرَسًا وَلَهُ جُلٌّ وَبُرْقُوعٌ أَوْ سَرَجٌ وَلِجَامٌ، فَإِنَّمَا هُوَ إِضَافَةٌ، لَا أَنَّ الْفَرَسَ يَمْلِكُ شَيْئًا، كَذَلِكَ الْعَبْدُ الْمَالُ إِلَيْهِ إِضَافَةٌ، وَلَا يَمْلِكُ شَيْئًا.

فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَاشْتَرَى بِأَمْرِ مَوْلَاهُ فَالشَّرَى لِمَوْلَاهُ لَا لَهُ، وَلَا يَمْلِكُ مِنْهُ شَيْئًا، وَإِذَا كَانَ الْمُشْتَرَى لِمَوْلَاهُ فَفِي الْقِيَاسِ أَنَّ الثَّمَنَ عَلَى مَوْلَاهُ، فَإِنْ هَلَكَ الشَّيْءُ فِي يَدَيْهِ فَيَدُهُ مَوْلَاهُ، وَقَبْضُهُ كَقَبْضِ مَوْلَاهُ، وَالثَّمَنُ عَلَى مَوْلَاهُ، كَمَا لَوْ أَمَرَ رَجُلًا يَشْتَرِي لَهُ سَلْعَةً بِدَيْنٍ فَاشْتَرَاهَا لَهُ بِدَيْنٍ أَنَّ السَّلْعَةَ لِلْأَمْرِ وَالْدَّيْنَ عَلَيْهِ يُعْطِيهِ الْبَائِعُ

(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٢٠٤٨).

(٢) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود (٣٤٣٣ و ٣٤٣٥) من حديث ابن عمر وجابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وأخرجه البخاري (٢٣٧٩) ومسلم (١٥٤٣) من حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بلفظ: «من ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع».

/ مَضْمُونًا فِي مَالِهِ، فَكَذَلِكَ الْعَبْدُ كَوَكِيلِ سَيِّدِهِ، اشْتَرَى لَهُ مَا مَلَكَه^(١) بِأَمْرِهِ، فَالثَّمَنُ عَلَى سَيِّدِهِ كَمَا كَانَ الثَّمَنُ عَلَيْهِ فِيمَا اشْتَرَى لَهُ وَكَوَيْلُهُ، وَالْعَبْدُ فِي تَأْكِيدِ الْوَكَالَةِ لِلْسَيِّدِ وَفِي أَنَّهُ يَمْلِكُ مَا اشْتَرَى لَهُ عَبْدُهُ بِأَمْرِهِ وَالثَّمَنُ عَلَى الْمُؤَلَى فِي ذِمَّتِهِ أَوْ كَذُ مَا اشْتَرَى لَهُ الْحُرُّ بِأَمْرِهِ وَصَارَ الثَّمَنُ عَلَيْهِ فِي ذِمَّتِهِ، فَإِذَا لَزِمَهُ مَا اشْتَرَى لَهُ وَكَوَيْلُهُ الْحُرُّ كَانَ كَذَلِكَ مَا اشْتَرَى لَهُ وَكَوَيْلُهُ الْعَبْدُ فِي الْقِيَاسِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ فَلِلْسَيِّدِ أَنْ يَبِيعَ الْأَمَةَ الَّتِي اشْتَرَاهَا لَهُ عَبْدُهُ وَيُعْتَقَهَا وَيُزَوِّجَهَا وَيَفْعَلَ فِيهَا مَا يَفْعَلُ الْمَالِكُ فِي مِلْكِهِ، فَتَفْهَمُ ذَلِكَ تَجِدُهُ كَذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

وَإِذَا كَانَ مَا رَبِحَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ لِمَوْلَاهُ دُونَهُ فَكَانَ مَوْلَاهُ الْمُشْتَرِي وَالرَّابِحَ كَذَلِكَ إِذَا كَانَ خُسْرَانًا فَكَانَ الْمُشْتَرِي السَّيِّدُ وَهُوَ الْخَاسِرُ، فَلَا مَعْنَى لِأَنْ يَكُونَ الْخُسْرَانُ عَلَى الْعَبْدِ، وَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ فِي دَيْنٍ لَا يَلْزِمُهُ غُرْمُهُ، وَلَوْ جَازَ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ الْخُسْرَانُ إِذَا عَتَقَ لِأَنَّهُ الْعَاقِدُ لِلشَّرَى جَازَ فِي الْقِيَاسِ أَنْ يَكُونَ لَهُ الرَّبْحُ إِذَا عَتَقَ كَمَا يَكُونُ عَلَيْهِ الْخُسْرَانُ إِذَا عَتَقَ، فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّبْحُ إِذَا عَتَقَ وَكَانَ لِمَوْلَاهُ دُونَهُ كَانَ قِيَاسُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ الْخُسْرَانَ عَلَى مَوْلَاهُ، عَتَقَ أَوْ لَمْ يَعْتَقِ.



(١) كتب فوقه في الأصل: «خ: يملكه».

الْجَوَابُ

إِنَّ أَصَلَ الشَّافِعِيِّ رَحْمَةُ اللَّهِ الصَّحِيحَ مَا حَكَاهُ الْمَزْنِيُّ رَحْمَةُ اللَّهِ أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ،
وَأَنَّ مَا فِي يَدِهِ لِمَوْلَاهُ، وَإِنَّمَا يُضَافُ ذَلِكَ إِلَيْهِ اتِّسَاعًا وَمَجَازًا، وَمَا اخْتَجَّ بِهِ الْمَزْنِيُّ
فِي ذَلِكَ فَصَحِيحٌ، غَيْرَ أَنَّ أَفْعَالَ الْعَبْدِ / وَعُقُودَهُ عَلَى ضُرُوبٍ: (١/٦٠)

فَمِنْ ذَلِكَ: مَا يَلْزَمُ رَقَبَتَهُ، تُبَاعُ فِيهِ.

وَمِنْهُ: مَا يَلْزَمُ بَدَنَهُ، مِثْلُ حَدِّ يُقَامُ عَلَيْهِ، أَوْ طَرَفٍ لَهُ يُقَطَّعُ، وَإِنْ كَانَ فِي ذَلِكَ تَلَفٌ
مَالٍ مَوْلَاهُ، وَلَا يُتَخَطَّى بَعْدَ رَقَبَتِهِ وَبَدَنِهِ إِلَى سَائِرِ مَالٍ مَوْلَاهُ.

وَمِنْهُ: مَا لَا تُبَاعُ فِيهِ رَقَبَتُهُ وَلَا يُتَلَفُ فِيهِ بَدَنُهُ، وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي ذِمَّتِهِ، يُتَّبَعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ.

وَمِنْهُ: شَيْءٌ يَلْزَمُ مَوْلَاهُ أَنْ يُؤَدِّيَ ذَلِكَ مِنْ رَقَبَتِهِ أَوْ مِنْ سَائِرِ مَالِهِ.

وَإِذَا كَانَتْ عَقُودُ الْعَبْدِ وَمَا يَلْزَمُهُ مِنَ الْحَقُوقِ عَلَى هَذِهِ الْوُجُوهِ، وَلِكُلِّ وَجْهِ
مِنْ ذَلِكَ أَصْلٌ يَرْجَعُ إِلَيْهِ وَتُبْنَى عَلَيْهِ فُرُوعُهُ، فإِطْلَاقُ الْمَزْنِيِّ اللَّفْظَ فِي الْمَأْذُونِ لَهُ
فِي التَّجَارَةِ أَنَّ ذَلِكَ يَلْزَمُ السَّيِّدَ مِنْ حَيْثُ لَا يَرُدُّ ذَلِكَ إِلَى أَحَدِ الْأَصُولِ لَا مَعْنَى لَهُ،
وَإِنَّمَا ذَلِكَ تَحَامُلٌ.

وَلَا شَكَّ فِي أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا وَكَّلَ عَبْدَهُ بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ شَيْئًا فَاشْتَرَاهُ لَهُ أَنَّ ذَلِكَ يَلْزَمُ
السَّيِّدَ وَيَلْزَمُهُ ثَمَنُهُ، وَأَنَّ ذَلِكَ أَوْ كَدُّ مِنْ أَمْرِ الْوَكِيلِ إِذَا اشْتَرَى لَهُ فَصَحِيحٌ كَمَا قَالَ؛
لَأَنَّهُ إِذَا أَمَرَ عَبْدَهُ أَوْ غَيْرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ شَيْئًا فَاشْتَرَاهُ فَلَا بُدَّ مِنْ وَزْنِ ثَمَنِهِ، وَلَيْسَ مَعَ
الْعَبْدِ^(١) مَا يَزِنُ ثَمَنَهُ، وَلَا اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ فَيَلْزَمُ ذِمَّتَهُ، وَلَا يَتَهَيَّأُ لَهُ بَيْعُ مَا اشْتَرَاهُ فَيُؤَدِّي

(١) كَتَبَ فِي هَامِشِ الْأَصْلِ: «خ: للعبد».

الْثَمَنَ مِنْ ثَمَنِهِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَحَصَلَ مِلْكُ ذَلِكَ لِلْسَيِّدِ بِإِذْنِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ ثَمَنُهُ،
إِذَا لَا وَجْهَ لَوَزْنِ الثَّمَنِ غَيْرُهُ.

ولذلك أيضًا قال الشافعي: إِنَّهُ إِذَا أَذِنَ لَهُ فِي التَّزْوِيجِ فَتَزَوَّجَ أَنَّهُ يُؤَدِّي مَهْرَهَا
وَالنَّفَقَةَ عَلَيْهَا مِنْ كَسْبِهِ، وَلَمْ يَلْزَمْ السَيِّدُ فِي سَائِرِ مَالِهِ؛ لِأَنَّ إِذْنَهُ لَهُ بِالتَّزْوِيجِ وَهُوَ
عَالِمٌ أَنَّ لَا بُدَّ مِنْ أَدَاءِ الْمَهْرِ وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا عَاجِلًا، وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ مَالٌ فَيُؤَدِّي مِنْ
مَالِهِ وَلَا يَتَهَيَّأُ لَهُ بَيْعُ مَا عَاوَضَ عَلَيْهِ فَيُؤَدِّي مِنْ ثَمَنِهِ، جَعَلَ ذَلِكَ فِي كَسْبِهِ؛ لِأَنَّ /
مَنْفَعَةَ ذَلِكَ تَحْصُلُ لَهُ، وَلَمْ يُتَخَطَّ بِذَلِكَ إِلَى سَائِرِ مَالِ السَيِّدِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ؛ لِأَنَّهُ (٦٠ / ب)
إِذَا أَمَكَنَ أَدَاءَ ذَلِكَ مِنْ كَسْبِهِ لَمْ يَكُنْ فِي إِذْنِهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ ضَامِنٌ لَهُ فِي جَمِيعِ مَالِهِ،
فَكَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لَا وَجْهَ لِلْأَدَاءِ إِلَّا مِنْ مَالِهِ، فَلَمْ نَكِلْ ذَلِكَ إِلَى ذِمَّتِهِ الْمَتَأَخِّرَةِ
وَلَا إِلَى كَسْبِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَيْءٌ حَصَلَ لِسَيِّدِهِ فَوَجَبَ عَلَيْهِ بَدَلُهُ، وَلَمَّا كَانَ فِي الْإِذْنِ
فِي النِّكَاحِ لِأَدَاءِ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ وَجْهٌ مِنْ كَسْبِهِ لَمْ يُتَخَطَّ بِذَلِكَ إِلَى سَائِرِ مَالِ السَيِّدِ.
وَأَمَّا إِذَا أَذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فَإِنْ إِذْنَهُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ لَا يَخْلُو مِنْ أَحَدٍ وَجْهَيْنِ:

إِمَّا أَنْ يَكُونَ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا يَتَّجِرُ فِيهِ وَلَا يَتَخَطَّى بِتِجَارَتِهِ إِلَى غَيْرِهِ، وَإِذَا كَانَ
كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بَدِينًا، وَإِنَّمَا يَشْتَرِي بِالْمَالِ الَّذِي دُفِعَ إِلَيْهِ، فَلَا يَلْزَمُ
ذَلِكَ السَيِّدَ إِنْ خَالَفَ وَاشْتَرَى بِذِمَّتِهِ، وَإِذَا اشْتَرَى بَعَيْنِ الْمَالِ وَلَمْ يُخَالَفْ فَلِلْسَيِّدِ
أَنْ يُعْتَقَ وَيُزَوَّجَ وَيَتَصَرَّفَ فِيهِ بِأَيِّ وَجْهِ التَّصَرُّفِ شَاءَ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ فِيهِ لِأَحَدٍ، وَهُوَ
مِلْكُهُ، وَلَيْسَتْ هَذِهِ مَسْأَلَةُ الشَّافِعِيِّ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالًا، وَلَكِنْ يَأْذَنُ لَهُ فِي
الشَّرَى وَالْبَيْعِ كَمَا يَتَّجِرُ مَنْ لَا مَالَ مَعَهُ مِنَ الْأَحْرَارِ، فَيَشْتَرِي بِذِمَّتِهِ وَيَبِيعُ فَيُؤَدِّي
الْثَمَنَ مِنْهُ وَيَأْخُذُ فَضْلَهُ، وَكَذَلِكَ السَيِّدُ يَأْذَنُ لِعَبْدِهِ فِي الشَّرَى وَالْبَيْعِ عَلَى أَنَّهُ يَبِيعُ

وَيُؤَدِّي الثَّمَنَ مِنْ ثَمَنِ السِّلْعَةِ وَيُرَدُّ عَلَى السَّيِّدِ فَضْلُهُ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ مَسْأَلَةُ الشَّافِعِيِّ.

وهو أَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدًا ثَمَنُهُ فِي ذِمَّتِهِ، فَإِذَا أَرَادَ السَّيِّدُ أَنْ يُعْتِقَ أَوْ يُزَوِّجَ أَوْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا يَمْنَعُهُ مِنْ بَيْعِهِ أَوْ يَنْقُصُ مِنْ ثَمَنِهِ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ عَلَى الْعَبْدِ فِي ذَلِكَ حُقُوقًا يَخْتِاجُ أَنْ تُؤَدَّى إِلَى أَصْحَابِهَا، / فَمَتَى أَتْلَفَهُ عَلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِي يَدِهِ عَوْضٌ ذَلِكَ فَيُؤَدِّي، فَلِهَذَا مَنَعَ الشَّافِعِيُّ السَّيِّدَ، وَلَيْسَ إِذْنُهُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ وَكَالَةِ، وَإِنَّمَا هُوَ تَصَرُّفٌ لِيُرَدَّ فَضْلُ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَالْوَكَالَةُ فَإِنَّمَا تَقَعُ فِي عَيْنٍ يُشِيرُ إِلَيْهِ فَيَصِيرُ الْعَيْنُ إِلَيْهِ فَإِذَا أَدَّى ثَمَنَ ذَلِكَ فَلَا تَبِعَةَ عَلَيْهِ فِيهِ، فَلِذَلِكَ تَجُوزُ أَعْمَالُهُ، وَهَذَا بَيِّنٌ عَلَى أَصُولِ الشَّافِعِيِّ. (١/٦١)

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: وَإِذَا كَانَ مَا رَبِحَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ لِمَوْلَاهُ دُونَهُ فَكَانَ مَوْلَاهُ الْمَشْتَرِي وَالرَّابِحَ كَذَلِكَ إِذَا كَانَ خَسِرَانُ^(١) فَكَانَ السَّيِّدُ الْمَشْتَرِي الْخَاسِرَ، وَلَا مَعْنَى لِأَنَّهُ يَكُونُ الْخَسِرَانُ عَلَى الْعَبْدِ وَالرَّبْحُ لِلْسَّيِّدِ، إِلَى آخِرِ كَلَامِهِ = فَذَلِكَ غَيْرُ لَازِمٍ، وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ لَهُ الرِّبْحُ فَعَلَيْهِ الْوَضِيعَةُ، وَلَا كُلُّ مَنْ عَلَيْهِ الْوَضِيعَةُ فَلَهُ الرِّبْحُ، بَلْ رُبَّمَا كَانَ الرِّبْحُ لَوَاحِدٍ وَالْوَضِيعَةُ عَلَى غَيْرِهِ.

أَرَأَيْتَ الْوَكِيلَ إِذَا تَعَدَّى فِي الْمَالِ فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ثُمَّ اشْتَرَى مَا أُذِنَ لَهُ، فَمَا كَانَ فِي ذَلِكَ مِنْ رِبْحٍ فَلِمَالِكِهِ، وَمَا كَانَ مِنْ تَلَفٍ فَضَمَانُهُ عَلَى الْوَكِيلِ لِتَعَدِّيهِ. وَكَذَلِكَ الْمَقَارِضُ إِذَا تَعَدَّى فِي الْمَالِ لَزِمَهُ الضَّمَانُ إِنْ تَلَفَ، وَإِنْ رِبِحَ فَلِرَبِّ الْمَالِ.

وَكَذَلِكَ الْغَاصِبُ الْمَالُ إِذَا تَجَرَ فَرِبِحَ فِيهِ فَعِنْدَ جَمَاعَةٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ - وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي الْقَدِيمِ - : إِنَّ الرِّبْحَ لِرَبِّ الْمَالِ، وَمَا كَانَ مِنْ تَلَفٍ فَعَلَى الْغَاصِبِ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «خَسِرَانَا»، ثُمَّ حُولَ إِلَى الْمُبْتَدَأِ.

فكذلك السيد إذا أذن لعبيده في التجارة فإنما أذن له على أحد هذين الوجهين:
إما أن يكون ذلك في مال بعينه، فليس له أن يستدين، وإن استدان بغير إذن السيد
يكون في ذمته إذا عتق، وإذا اشترى بالمال فربحه لسيده ووضعته على السيد.

وإذا أذن له في التجارة بغير مال فإنما أذن له أن يشتري ما يمكنه أن يؤدي الثمن
منه، فإذا اشترى بما^(١) لا يسوى فخير فإنما أتى من قبل نفسه، فالوضيعة / عليه (٦١/ ب)
في ذمته، يتبع به إذا عتق؛ لخروج ذلك عما أذن له فيه.

فإن قيل: فإذا أذن له السيد في التجارة بغير مال فاتجر وربح مالا فاشترى من
الربح عبدا فأعتقه السيد هل يجوز ذلك إذا كان الربح يفي به؟ = فالجواب: أن
يُنظر؛ فإن كان الربح قد خلص في يد العبد من حيث لا دين عليه ولا تبعه فعتقه
صحيح^(٢)، وإن كان عليه دين^(٣) فإن كان في يده وفاء أو له دين على الناس يفي
بذلك أو له بضاعة غائبة عنه يفي بذلك لم ينفذ عتق السيد حتى يؤدي العبد ما
عليه من التبعة؛ لأن ماله الغائب قد يتلف، والغريم قد يفلس أو يموت، فيلجأ إلى
أن يقضي دينه من هذا العبد، فإذا أتلّف السيد بقي مرتهنا به، فهو ممنوع من ذلك
حتى يقضي العبد كل ما عليه، فيكون له عتقه أو تلّفه بأي وجوه التلّف أحب،
والله أعلم.



(٢) في الأصل: «صحيحا»، ثم حول إلى المثبت.

(١) كتب في هامش الأصل: «خ: ما».

(٣) في الأصل: «دينا»، ثم حول إلى المثبت.

مِن كِتَابِ الرِّهْنِ

١٦ مسألة [بيع الرهن بشرط إعطاء الثمن للمرتهن]

قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: «ولو كان الرهنُ إلى أجل فأذن للراهنِ أن يبيعَ فجائزٌ، ولا يأخذُ من ثمنه شيئاً، ولا مكانه^(١)؛ لأنَّه أذن له ولم يجز^(٢) له البيعُ، وإن رجع في الإذن قبل البيعِ فالبيعُ مفسوخٌ وهو رهنٌ بحاله.

ولو قال: أذنتُ لك على أن تُعطيني ثمنه، وأنكر الراهنُ الشرطَ = فالقول قولُ المرتهن مع يمينه، والبيعُ مفسوخٌ.

ولو أذن له على أن يُعطيه ثمنه لم يكن له بيعه؛ لأنَّه لم يأذن له إلا على أن يُعجلَ له حقه قبل محله، والبيعُ مفسوخٌ»^(٣).

قال المزني: أشبهُ بقوله في هذا المعنى أن لا يفسخَ الشرطُ البيعَ.

ألا ترى أنَّ من قوله: لو أمرتُ رجلاً ببيعِ ثوبي على أنَّ له عُشرُ ثمنه فباعه = أنَّ البيعَ جائزٌ لا يفسخه فسادُ الشرطِ في الثمن.

فكذلك إذا باع الراهنُ بإذنِ المرتهنِ فلا يفسخه فسادُ الشرطِ في الثمن، فينبغي إذا نفذَ البيعُ على هذا أن يكون الثمنُ مكانَ الرهنِ، أو يتقاصان.

ألا ترى أنَّ من قوله: لو قارض / رجلاً بمالٍ فاشترط أحدهما لنفسه شيئاً دون صاحبه = أنَّ القراضَ مفسوخٌ والربحُ لصاحبِ المالِ وعليه أجرَةُ العاملِ، وفي

(١/٦٢)

(١) يعني: لا يأخذ الثمن رهناً مكان المبيع.

(٢) كذا في الأصل، وفي «المختصر» للمزني: «يجب».

(٣) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ١٢٤٠-١٢٤٢).

إجازته الربح إجازة البيع عليه عن شرط فاسد لم يضرَّ البائع شيئاً.

أرأيت رجلاً أعطى رجلاً ثوبه يبيعه ويشتري له بثمنه خمرًا، فباعه بيعًا صحيحًا = إنَّ البيعَ لازمٌ، وحرامٌ عليه شراءُ الخمر منه^(١).

ألا ترى أنَّ الشافعي يكره أن يبيع العَصِيرَ ممن يُصَيِّرُه خمرًا، أو السيفَ ممن يعصي الله به، فإن باع = أنَّ البيعَ جائزٌ غيرُ مفسوخ.

ألا ترى أنَّه مُحَرَّمٌ على البائع كتمانُ العيبِ والغرورُ به والتدليسُ بكتمانِه، ولا يفسخُ البيعُ.

ألا تراه ينهى أن يخطبَ الرجلُ على خطبةِ أخيه، فإن فعلَ فترَوَّجَ أنَّ النكاحَ جائزٌ.

ألا تراه يقولُ في قولِ رسولِ الله ﷺ: «لا يبيعُ بعضُكم على بيعِ بعضٍ»^(٢). وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا يبيعُ حاضرٌ لبادٍ، دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُوا اللهُ بعضَهُمْ مِنْ بعضٍ»^(٣) = أنَّ نهيَ النبيِّ صلى الله عليه عن هذا البيعِ نهْيٌ لا يُفسخُ به، وإن كان مخالفاً لما قال النبيُّ صلى الله عليه وعاصيًا بالبيع.

ألا تراه يقولُ في قولِ الله عزَّ وجلَّ: ﴿إِذَا تَوَدَّى لِّلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] = أنَّه عاصي الله بالبيع في الاشتغالِ عن السَّغْيِ إلى صلاةِ الجمعةِ، وأنَّ بيعه نافذٌ.

فكذلك يبيعُ كُلُّ بائعٍ يجوزُ بيعُه لا يفسدُ به جائزٌ نافذٌ، وإن كان عن سببٍ لا يحلُّ، وشرطٌ لا يجوزُ؛ لأنَّ البيعَ غيرُ ما تقدَّمه من شرطٍ فاسدٍ وغيرِ فاسدٍ.

فتفهَّمه كذلك تجذُّه إن شاء الله.

(١) في هامش الأصل: «خ: بثمنه».

(٢) أخرجه البخاري (٢١٥٠) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٣) أخرجه مسلم (١٥٢٢) من حديث جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

قال أبو إسحاق:

الجواب

إنَّ هذه المسألة قد ذكرها المزنيُّ في «مختصره الصغير» واقتصرَ في الاعتلالِ (ب/٦٢) في جوازِ البيعِ على صاحبِ الثوبِ الذي دَفَعَ إليه على أنَّ له عَشْرَ ثَمَنِهِ، / وأجَبناه عن ذلك في «كتاب الشرح»، وزاد في الاعتلالِ في هذا الموضعِ فأخوَجَ إلى إعادةِ الكلامِ لِنُجْيِهِ عما زاد في الاعتلالِ.

وجملة الأمر في هذا الباب: إنَّ النهيَ يدخلُ في البيوعِ مِنْ وجوه:

منها: فسادٌ^(١) يَقَعُ في الوكالةِ.

ومنها: أسبابٌ تَقَدَّمُ يكونُ النهيُ مِنْ أَجْلِهَا.

ومنها: شرائطٌ تَقَعُ في البيعِ يَقَعُ النهيُ مِنْ أَجْلِهَا.

ومنها: لمعاني^(٢) في البيعِ يَقَعُ مِنْ أَجْلِهَا، فربَّما كان ذلك لمعنى من^(٣) البائعِ أو المشتري، لا لمعنى في السلعةِ، وربَّما كان ذلك لمعنى في السلعةِ أو في ثمنها، لا في البائعِ ولا في المشتري.

ولكُلِّ وجهٍ مِنْ ذلك طريقٌ، وعليه دليلٌ مِنَ الكتابِ أو السنةِ أو دلائلِ الأصولِ تدُلُّ على فسادِ البيعِ أو على جوازه، ولا يَتَعَلَّقُ بعضُ ذلك ببعضٍ.

فجاء أبو إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ فَأَخْلَطَ الكُلَّ وجعل المعنى في جميع ذلك واحداً^(٤)، وهذا ما لا يوافقُه عليه أحدٌ؛ لأنَّ مِنَ البيوعِ ما هو فاسدٌ مِنْ أَجْلِ النَّهْيِ باتِّفاقٍ،

(١) كذا في الأصل، ثم كتب فوقه: «خ: لفساد».

(٢) في الأصل: «المعاني»، ثم ضرب على الألف لبصير: «المعاني».

(٣) كذا في الأصل، وكتب فوقه: «في».

(٤) في الأصل: «واحد».

وَمِنَ الْبُيُوعِ مَا هُوَ جَائِزٌ مَعَ دُخُولِ النِّهْيِ بِدَلِيلِ السَّنَةِ وَاتِّفَاقِ الْأُمَّةِ، وَإِذَا صَحَّ أَنَّ
مِنْهُ مَا يَفْسُدُ مِنْ أَجْلِ النِّهْيِ، وَمِنْهُ مَا يَصِحُّ مَعَ النِّهْيِ = بَطْلَ اعْتِلَالِ الْمَزْنِيِّ، وَصَحَّ
أَنَّ لِكُلِّ وَجْهِ مِنَ النِّهْيِ طَرِيقٌ يَبَيِّنُ بِهِ فُسَادُ الْبَيْعِ أَوْ صِحَّتُهُ.

وَالسَّبِيلُ فِي ذَلِكَ أَنْ تُمَيِّزَ وَجُوهُ النِّهْيِ، وَيُعَرَفَ الْمَعْنَى فِي كُلِّ وَجْهِ مِنْهَا، فَإِنْ
أُوجِبَتِ الْأَصُولُ فَسُخِّحَ الْبَيْعُ فَسُخِّحَ، وَإِنْ أُوجِبَتْ سَلَامَةُ الْبَيْعِ وَإِنْ دَخَلَ النِّهْيُ
أُجِيزَ، فَأَمَّا إِطْلَاقُ الْكَلَامِ بِجَوَازِ الْبَيْعِ أَوْ فُسَادِهِ مِنْ حَيْثُ لَا يَتَعَلَّقُ بِمَعْنَى يَبَيِّنُ بِهِ
أَنَّ ذَلِكَ دَاخِلٌ فِي جُمْلَةٍ مَا يَنْفَسِخُ بِدَلِيلِ الْأَصُولِ فَلَا وَجْهَ لَهُ.

(١/٦٣) وَمَسْأَلَةُ الرِّهْنِ إِنَّمَا دَخَلَ النِّهْيُ وَالْفُسَادُ مِنْ أَجْلِ الشَّرْطِ / الْفَاسِدِ، وَهُوَ
تَعْجِيلُ حَقِّهِ قَبْلَ مَحَلِّهِ، وَإِذَا فَسَدَ الشَّرْطُ كَانَ ظَاهِرُ الْخَبَرِ يُوجِبُ فُسَادَ الْبَيْعِ؛
لَأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ^(١)، وَمَعْنَى ذَلِكَ دُخُولُ الْفُسَادِ مِنْ
أَجْلِ الشَّرْطِ، لَا أَنَّ الْبَيْعَ مُحْظُورٌ فِي نَفْسِهِ كَانَ مَعَهُ الشَّرْطُ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَكَذَلِكَ
الْمُرَادُ بِهِ ضَمُّ شَرْطٍ فَاسِدٍ إِلَيْهِ، لَا شَرْطٍ صَحِيحٍ، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ فَظَاهِرُ
الْخَبَرِ أَنَّ الْبَيْعَ مُحْظُورٌ مِنْ أَجْلِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ؛ إِذَا كَانَ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ لَا يَخْلُو
مِنْ أَحَدٍ وَجْهَيْنِ:

إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ الَّذِي اشْتَرَطَ لِنَفْسِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي، فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ عَلَى
الْمُشْتَرِي فَقَدْ نَقَصَهُ مِنَ الثَّمَنِ مِنْ أَجْلِ الشَّرْطِ الَّذِي عَلَيْهِ.

وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ الشَّرْطُ لِلْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ، فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ هُوَ الَّذِي اشْتَرَطَ
عَلَى نَفْسِهِ فَلَمْ يَشْتَرِطْ لِلْمُشْتَرِي عَلَى نَفْسِهِ إِلَّا بَعْدَ أَنْ زَادَهُ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ مِنْ
أَجْلِ شَرْطِهِ.

(١) انظر «التلخيص الحبير» للحافظ (٤/١٧٥٢).

وإذا كان ذلك لا يخلو من أحد هذين المعنيين:

فإذا فسد الشرط ولم يف لصاحبه بشرطه اختجنا أن يحط المشتري ما زاد من الثمن من أجله، أو يزيد البائع في الثمن ما نقص من أجله، وإذا فعل ذلك صار ثمن السلعة مجهولاً، ففسد البيع من أجل ذلك.

ومتى أمكن الوفاء للمشتري بشرطه أو بعوض من شرطه من حيث لا يَدْخُلُ الجَهْلُ في المبيع ولا في ثمنه فلا حاجة بنا إلى فسخ البيع من أجله؛ إذ لا فرق بين الوفاء بالشرط أو العوض منه.

وإذا كان ذلك كذلك فالذي أُمِرَ بِبَيْعِ السلعة وإن لم يُعْطِهِ^(١) عَشْرَ ثَمَنِهِ أعطيناه أجر مثله، وربما كان ذلك أكثر من عَشْرِ ثَمَنِهِ وزيادة على ما قصده في تصرفه، / وإذا كان ذلك كذلك فلا حاجة بنا إلى فسخ البيع؛ إذ لا بُغْيَةَ له في فسخ البيع، لأننا إذا أبطلناه بطل عمله فلم يأخذ ما شرطه ولا عوضه، فلا بُغْيَةَ في ذلك للمالك ولا للعامل، بل بُغْيَتُهُما في إنفاذ البيع ليحصل للمالك الثمن، وللساعي الأجرة، فيبلغا مقصدهما.

وأما الراهن مع المرتبهين فإذا أجزنا البيع وأبطلنا الشرط الذي اشترطه المرتبهين لنفسه فقد وفينا لأحدهما من حيث لم يفي للآخر ولا أعطينا العوض منه.

فإن قيل: يكون بدله في يده رهناً = قيل: قد كان الأصل في يده رهناً، وإنما قصد إلى معنى غير كونه في يده، فإمّا أن يفوا له بشرطه، وإمّا أن يرجع الشيء إلى أصله، فإمّا إدخال الضرر على أحدهما بإنفاذ ما عليه من حيث لا يفي له بما شرطه لنفسه أو عوض منه فلا سبيل إليه.

(١) كذا في الأصل، ثم حول إلى: «لم يُعْطَ».

فإن قيل: فقد نُقِلَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ اشْتَرَى بَعِيرًا وَشَرَطَ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ^(١)، وهذا شرطٌ عندكم فاسدٌ، ومُحالٌ أَنْ يَشْتَرِيَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ شِرَاءً فاسدًا = فالجواب: إِنَّ هَذَا الْاِعْتِلَالَ غُلْطٌ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ لَا يَشْتَرِي شِرَاءً فاسدًا، وَلَا يَشْتَرِطُ شرطًا فاسدًا، وهذا الخبرُ لَا يَخْلُو مِنْ أَحَدٍ وَجْهَيْنِ:

إمَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مُسَامَحَةً مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ لِلْبَائِعِ، فَأَضَافَ الرَّاوي ذَلِكَ إِلَى الْعَقْدِ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ مُخَالِفًا لِمَا ذَكَرْنَاهُ.

وإمَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ شرطًا فِي عَقْدِ الْبَيْعِ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَمِلُ التَّأْوِيلَ، فَإِنْ صَحَّ ذَلِكَ كَانَ ذَلِكَ شرطًا صحيحًا جائزًا؛ إِذْ لَا سَبِيلَ إِلَى مُخَالَفَةِ الْخَبَرِ إِذَا صَحَّ، وَإِذَا صَحَّ الشَّرْطُ فَلَمْ يُرَدِّ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ بِالنَّهْيِ عَنْ بَيْعٍ / وَشَرَطٍ صَحِيحٍ، إِذْ فِي الْبَيْعِ شُرُوطٌ كَثِيرَةٌ قَامَ الدَّلِيلُ بِصَحَّتِهَا، فَلَمْ يَنْهَ فِي الْبَيْعِ عَنْ ذَلِكَ، وَلَا أَفْسَدَ الْبَيْعَ مِنْ أَجْلِهَا: مِنْ ذَلِكَ: شَرْطُ خِيَارِ الثَّلَاثِ.

وَمِنْ ذَلِكَ: شَرْطُ الثَّمَنِ أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلًا إِلَى وَقْتٍ.

وَمِنْ ذَلِكَ: تَأْخِيرُ الْمُشْتَرَى إِلَى وَقْتٍ^(٢) إِذَا كَانَ سَلَمًا.

فَمَا قَامَ الدَّلِيلُ مِنَ الْأَصُولِ أَنَّهُ شَرْطٌ صَحِيحٌ لَمْ يَدْخُلْ فِي النَّهْيِ، وَإِنَّمَا يَدْخُلُ مَا كَانَ مِنَ الشُّرُوطِ الْمَحْظُورَةِ، وَإِذَا صَحَّ الْخَبَرُ بِاشْتِرَاطِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ صَارَ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ الصَّحِيحَةِ، وَسَقَطَ الْكَلَامُ.

فإن قيل: فقد رُويَ فِي خَبَرِ بَرِيرَةَ وَاشْتِرَاطِ الْوَلَاءِ لِلْقَوْمِ^(٣)، وَذَلِكَ شَرْطٌ فاسدٌ عندكم، وَلَمْ يُبْطَلِ النَّبِيُّ ﷺ الْبَيْعَ مِنْ أَجْلِهِ = فالجواب: إِنَّ هَذَا الْاِعْتِلَالَ أَيْضًا

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٢٧١٨) وَمُسْلِمٌ (٧١٥) مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) كَذَا فِي الْأَصْلِ، ثُمَّ كُتِبَ فَوْقَهُ: «خ: وَقْتُهُ».

(٣) سَبَقَ تَخْرِيجُهُ فِي مَسْأَلَةِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ.

غلط، وخاصةً قد خَرَجَ أبو إبراهيم في تأويل خبرِ بَرِيرَةَ أَنَّ معنى: «لهم» بمعنى: «عليهم» ليكونَ ذلك شرطًا صحيحًا، إذ لا يَأْمُرُ النبيُّ صلى الله عليه بشرطٍ فاسدٍ، وإذا كان هذا مذهبه فإنما تأوَّلَ المزيُّ هذا التأويلَ ليكونَ طريقًا إلى صِحَّةِ البيعِ.

وخبرُ بَرِيرَةَ عندنا:

يَحْتَمِلُ ما ذكره المزيُّ مِنْ أن يكونَ معنى: «لهم» بمعنى: «عليهم».

وَيَحْتَمِلُ أن يكونَ الخبرُ على ظاهره، وإنما فعل النبيُّ صلى الله عليه ذلك على جِهَةِ النِّكَيرِ لِفِعْلِهِمْ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَمَّا اشترطتَ ذلكَ خَطَبَ النبيُّ صلى الله عليه خطبةً أنكر فيها فِعْلَهُمْ وَفَسَخَ عليهم شرطَهُمْ فِعْلًا لَمَّا لم يَقْبَلُوا النهيَ قَوْلًا ليكونَ ذلكَ أوكدًا في فسح ذلك الشرطِ، ولو انْفَسَخَ^(١) البيعُ لِفَسَادِ الشرطِ لكانوا قد بَلَّغُوا ما أَحَبُّوا إذا بَقِيَتْ في مِلْكِهِمْ، فأراد صلى الله عليه أن لا يَبْلُغُوا ما يُريدُوا مِنْ بقاءِ المِلْكِ / ولا اشتراطِ الولاءِ، ليكونَ ذلك تأكيدًا في المنعِ مِنْ دُخُولِ المحظورِ. (ب/٦٤)

ويكونُ ذلك الفعلُ خُصُوصًا كما فَعَلَ في حِجَّتِهِ بأن فَسَخَ عليهم حَجَّهُمْ وجعلهم مُعْتَمِرِينَ لَمَّا لم يَقْبَلُوا القولَ وامْتَنَعُوا مِنْ قبولِهِ وقالوا: كيف نَعُدُّوا إلى مِنى ومذاكيرنا تَقْطُرُ مَنِيًّا؟ وَمِنْ أَجْلِ ذلكَ قال النبيُّ صلى الله عليه: «لو اسْتَقْبَلْتُ مِنْ أَمْرِي ما اسْتَدْبَرْتُ ما سَقْتُ الهَدْيَ ولَجَعَلْتُها عَمْرَةً»^(٢) تطييبًا لأنفسِهِمْ وَشَفَقَةً عليهم أن لا يُقِيمُوا على الامتناعِ فَيَعْصُوا، فَلَمَّا رأى جميعَ ذلكَ غيرَ نافعٍ فيهم فَسَخَ عليهم فِعْلًا لِيَضْطَرَّهُم الأمرُ إلى أن يَصِيرُوا مُعْتَمِرِينَ بغيرِ اختيارِهِمْ، وذلكَ فِعْلٌ خاصٌّ لا يجوزُ لأَحَدٍ بعده أن يَفْسَخَ الحَجَّ فيُصَيِّرُها عَمْرَةً.

(١) كذا في الأصل، وكتب في هامشه: «خ: أفسد».

(٢) سبق تخريجه في مسألة الشرط الفاسد.

ومثل ذلك رَضَاعُ سَالِمٍ خَمْسًا، إِنَّمَا أَبَاحَ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا لِمَا كَانَ قَدْ تَقَدَّمَ مِنَ التَّبْنِي، وَأَنَّ ذَلِكَ كَانَ يُوجِبُ مِنَ الْحُرْمَةِ مَا تُوجِبُهُ الْوِلَادَةُ، فَلَمَّا أَبْطَلَ اللَّهُ ذَلِكَ شَقَّ عَلَى النَّاسِ الْامْتِنَاعُ مِنْ دُخُولِ مَنْ قَدْ عَدُّوه وَلَدًا، فَجَعَلَ لَهُمُ الرِّخْصَةَ فِي الرِّضَاعِ لِيُقِيمُوا عَلَى مَا كَانُوا عَلَيْهِ مِنَ التَّبْنِي، وَكَأَنَّهُمْ نُقِلُوا مِنْ وَجْهِ إِلَى وَجْهِ، وَلَا يَجُوزُ بَعْدَ ذَلِكَ الْوَقْتِ أَنْ تُرْضَعَ كَبِيرًا، وَلَا يَقَعُ بِهِ التَّحْرِيمُ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّجَلَّ: ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. ولِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ: «انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُمْ، فَإِنَّمَا الرِّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ»^(١).

وَإِذَا جَازَ أَنْ يَتَقَدَّمَ مِثْلُ هَذِهِ الْأَفْعَالِ مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ خُصُوصًا مِنْ أَجْلِ مَعْنَى كَانَ فَارْتَفَعَ، فَلَا يَجُوزُ بَعْدَهُ = جَازَ ذَلِكَ فِي قِصَّةِ بَرِيرَةَ.

فَإِنْ قِيلَ: فَقَدْ أَجْزَأَ الْبَيْعَ بِشَرْطِ الْعَتَقِ فِي قِصَّةِ بَرِيرَةَ، وَذَلِكَ شَرْطٌ فَاسِدٌ فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ = قِيلَ: هَذَا أَيْضًا لَا يَلْزَمُ؛ لِأَنَّ هَذَا شَرْطٌ صَحِيحٌ عِنْدَنَا / مِنْ أَجْلِ (١/٦٥) الْعَتَقِ، وَلِلْعَتَقِ خُصُوصِيَّةٌ فِي أَحْكَامٍ لَا يُقَاسُ عَلَيْهَا غَيْرُهَا.

فَمِنْ ذَلِكَ: أَنَّ مَنْ أَعْتَقَ شَرْكَالَهُ فِي عِبْدٍ وَكَانَ مُوسِرًا عَتَقَ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عِبْدٍ لَهُ لَعَتَقَ عَلَيْهِ الْبَاقِي، وَهَذَا لَا يَجُوزُ فِي غَيْرِ الْعَتَقِ، أَلَا تَرَى أَنَّ ضِيعَةً بَيْنَ جَمَاعَةٍ لَوْ أُوقِفَ بَعْضُهُمْ عَلَى الْمَسَاكِينِ - وَالْوَقْفُ فِي الضِّيعَةِ مِثْلُ الْعَتَقِ فِي الْعَبْدِ - لَمَّا وَقَّفَ عَلَيْهِ الْبَاقِي وَلَا أُغْرِمَ نَصِيبَ الشُّرَكَاءِ.

وَكَذَلِكَ صَحَّ فَيَمَنْ أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبِدٍ لَهُ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ أَنَّ^(٢) النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرْقَ أَرْبَعَةً^(٣)، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٥١٠٢) وَمُسْلِمٌ (١٤٥٥) مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٢) فِي الْأَصْلِ: «لَأَنَّ»، ثُمَّ حُوِّلَ إِلَى الْمُبْتَدَأِ.

(٣) سَبَقَ تَخْرِيجُهُ فِي مَسْأَلَةِ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعِينَ فِي الثَّمَنِ.

ذلك أن أوصى بهم لزيد لَمَا نفذَ منه إلا الثُلُثُ، ولم يَجْزُ دخولُ القرعةِ في ذلك، بل كان الموصى له والورثة شركاء في ذلك.

وإذا صحَّ أنَّ للعتقِ خصوصيةً في الأحكام إذا كان ذلك مُؤدِّيًا إلى العتقِ أو إلى تكملةِ أحكامه أو تكملةِ وقوعه لا يجوزُ مثله في سائرِ الأحكام، تغليظًا لأمرِ الحرية وتفضيلًا لأمرها، فكذلك شراءُ العبدِ على أن يُعتَقَ شرطٌ يُؤدِّي إلى العتقِ، يجوزُ في الحرية، خاصٌّ لا يُتَخَطَّى به إلى سائرِ البياعاتِ، وإذا جرى أمرُ العتقِ على ذلك فلا معنى لذكره في فسادِ البيعِ، إذ ذلك شرطٌ صحيحٌ، وإذا دَخَلَ مثله في سائرِ البياعاتِ كان محظورًا، وفسد الشرطُ والبيعُ جميعًا، وهذا مستقيمٌ على أصولنا، والله أعلم.

* وكذلك ما اعتلَّ به المزيُّ من قوله: «إن قارضَ رجلٌ بمالٍ فاشترطَ أحدهما لنفسه شيئًا دون صاحبه أنَّ القراضَ مفسوخٌ، ولا يفسخُ البيعُ والشراءُ» = فذلك غيرُ لازمٍ أيضًا؛ لأنَّا لم نُضطرَّ إلى فسخِ البيعِ من أجلِ فسادِ القراضِ، لأنَّا إن لم نُعطيه^(١) ما شرطه من الربحِ لنفسه أعطَيْنَاهُ أجرَةَ المثلِ، ورُبَّمَا كان ذلك أكثرَ مما شرطه، فيبْلُغُ رَبُّ المَالِ ما قصده من تَنْمِيَةِ مَالِهِ، ويَلْغَ العاملُ ما قصده من الامتناعِ بتَصَرُّفه وإن اختلف المقاديرُ، فلا يَتَصَرَّفُ أحدهما إلَّا بما قصده أو العوضُ منه، ومتى فسخنا البيعَ^(٢) كان ذلك ضررًا / عليهما جميعًا، أمَّا رَبُّ المَالِ فيَتَصَرَّفُ بلا ربحٍ، ويَتَصَرَّفُ العاملُ بلا أجرَةٍ ولا نصيبٍ من الربحِ، فلا بُغْيَةَ لهما فيه، وإذا أُجيزَ البيعُ حَصَلَ لهما بُغْيَتُهُما، فشابه ذلك صاحبُ الثوبِ الذي أذنَ في بيعه وشرطَ لبائعه عَشْرَ ثَمَنِهِ.

(١) كذا في الأصل، ثم حاول بعضهم أن يحوله إلى: «لم يعطه».

(٢) في الأصل: «البيوع»، ثم كتب تحته: «البيع».

* وكذلك اغتيل له برجلٍ أعطى رجلاً ثوباً يبيعه ويشتري له بثمنه خمرًا فباع أن يبيعه صحيح وإن كان لا يجوزُ شراء الخمر = فغير لازم، وليس ذلك بشرط في البيع، وإنما ذلك وكالة في شيئين: أحدهما: بيع، والثاني: شراء، فصَحَّت الوكالة في أحدهما، وبطلت في الآخر، فليس هذا^(١) من الشرط في البيع، ومع ذلك فإن الذي أمر ببيعه لا يخلو من أحد وجهين:

إما أن يكون قيامه بذلك مُتبرعاً في بيعه وشرائه، فلا بُغْيَةَ له إذا في فسخ البيع؛ لأنه لا مَضَرَّة عليه في إنفاذه، ولا منفعة له في فسْخِه، وليس شراؤه الخمر لنفسه ولا لشيء يجره إلى نفسه، وإنما ذلك لصاحب الثوب، فلا بُغْيَةَ في فسخ البيع من أجله. وإما أن يكون قيامه بذلك على عوضٍ يأخذه في بيعه وشرائه، فإن كان كذلك فنحن نُعْطِيهِ أَجْرَةَ المثل إذا أَجَزْنَا بيعه، وإن كان سَمَّى له أَجْرًا على البيع والشراء أعطيناه بقسطه في البيع أو أعطيناه أَجْرَ مثله فقد حَصَلَ له بُغْيَتُهُ في بيعه، ولا بُغْيَةَ له في فسْخِه، لأننا إن أبطلنا بيعه لم يَسْتَحِقَّ على صاحب السلعة شيئاً، فذلك ضررٌ عليهما، فلا بُغْيَةَ في ذلك.

* وأما ما اعتلَّ به من أن الشافعي رَحِمَهُ اللهُ يكره أن يبيع العَصِيرَ ممن يَتَّخِذُهُ خمرًا، والسيف ممن يَعْصِي الله به، وأنه إن باع فالبيع جائزٌ = فليس هذا مما نحن فيه بسبيل؛ لأن الكراهية لم تَدْخُلْ في ذلك من أجل شرطٍ شرطه البائع على المشتري أو المشتري على البائع، ولا كَرِهَهُ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ كراهية حَظَرٍ، وإنما ذلك كراهية / احتياط، لأن نية المشتري أن يُصَيِّرَهُ خمرًا، أو ظَنُّ البائع به ذلك، أو ظَنُّه^(٢) هو أنه يَعْصِي الله بالسيف، فذلك شيء قد يَصِحُّ وقد لا

(١) كذا في الأصل، وكتب في هامشه: «خ: فأى شيء هذا».

(٢) كذا في الأصل، وكتب فوقه: «خ: ظن».

يَصِحُّ، وقد يَرْزُقُهُ الله التوبةَ فيُقَابِلُ به المشرِكين، أو يَتُوبُ فيَتَصَدَّقُ بالعنبِ على المساكين، أو يَتَّخِذُهُ زبيباً أو خَلاً، وقد يَقْصِدُ إلى أن يَتَّخِذَهُ خمرًا فيَنفُسُدُ عليه فيَصِيرُ خَلاً، وقد يَقْصِدُ إلى أن يقتل به المسلمِين فيكونُ هو المقتولُ، وجميعُ ذلك ظُنُونٌ قد تَصَحَّحَ وقد لا تَصَحَّحُ، فيُسْتَحَبُّ له أن لا يَبِيعَ ممن هذا وَصْفُهُ، فإن باع لم نُقَلِّ إِنَّه عاصي إذا لم يقصد البائعُ إلى ذلك، وإذا لم يكن ذلك محظوراً سَقَطَ اعتلالُ^(١) المزنيِّ.

* وأما ما ذكره أنَّهُ مُحرَّمٌ^(٢) عليه كِتمانُ العيبِ والتدليسُ، ولا يُفَسِّخُ البيعُ من أجلِهِ = فصحيحٌ؛ لأنَّ النهيَ لم يقع عن البيعِ فيَنفَسِخْ، وإنَّما وقع على^(٣) كِتمانِ العيبِ، لا أنَّ^(٤) بيعَ المعيبِ محظورٌ^(٥)، وكِتمانُ العيبِ والنهيُ عنه غيرُ النهيِ عن عَقْدِ البيعِ، ومع ذلك فإنَّ العيبَ وإن كان كِتمانُهُ يُؤَدِّي إلى الغررِ فذلك يسيرٌ، والغررُ اليسيرُ جائزٌ في البياعاتِ؛ لأنَّ العيبَ إنَّما يأخذُ من الثمنِ في الأغلبِ اليسيرَ، إلَّا أن يكونَ العيبُ فاحشاً، والعيبُ الفاحشُ لا يُمكنُ كِتمانُهُ، وما يُتَكَتَّمُ من العيوبِ فيسيرٌ، والغررُ اليسيرُ جائزٌ في البياعاتِ، وليسَ ذلك من مسألتنا بسبيلٍ؛ لأنَّ النهيَ لم يَقَعْ من أجلِ شرطٍ في البيعِ، وإنَّما وَقَعَ لتدليسٍ فيه.

والبيوعُ إذا وَقَعَ النهيُ فيها فلا يجوزُ أن يَقَعَ النهيُ إلَّا لمعنى معروفٍ معقولٍ، وإذا كان ذلك لمعنى فقد يَقَعْ النهيُ من أجلِ معاني.

(١) كذا في الأصل، وكتب في هامشه: «خ: كلام».

(٢) كذا في الأصل، ثم حول إلى: «محرمًا».

(٣) كذا في الأصل، وكتب في هامشه: «خ: عن».

(٤) في الأصل: «لأن»، ثم حول إلى المثبت.

(٥) في الأصل: «محظورا»، ثم ضرب على الألف ليصير كال مثبت.

منها: أن يَتَقَدَّمَ سببُ يَقَعُ النِّهْيُ عن السَّبَبِ لا^(١) عن العقدِ، فما كان من ذلك
نهيًا عن السَّبَبِ لا عن العقدِ فالعقدُ سليمٌ وهو جائزٌ وإن كان السَّبَبُ محظورًا.

وذلك مثل قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿وَلَا جُنَاحَ / عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ (٦٦ / ب)
- إلى قوله: - ﴿وَلَكِنْ لَا تَوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: ٢٣٥]. فلو خَطَبَهَا فِي عِدَّتِهَا لكان
بذلك عاصيًا، وإذا عقد النكاح بِخِطْبَةٍ محظورة فالنكاحُ صحيحٌ إذا كان ذلك بعد
خُرُوجِهَا مِنَ الْعِدَّةِ.

ومثل ذلك قوله ﷺ: «لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ»^(٢). ولو عَقَدَ النكاحَ
لكان ذلك صحيحًا. ومثل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «لَا يَبِيعُ أَحَدُكُمْ عَلَى بَيْعِ
أَخِيهِ، وَلَا يَسُومُ عَلَى سَوْمِهِ»^(٣). فَإِنَّمَا نَهَى عَنِ الْإِفْسَادِ عَلَى أَخِيهِ بِخِطْبَتِهِ وَبِبَذْلِهِ
سِلْعَتِهِ، وَمَعَ ذَلِكَ فَالنكاحُ صحيحٌ، والبيعُ جائزٌ؛ لِأَنَّ النِّهْيَ إِنَّمَا وَقَعَ عَنِ السَّبَبِ،
لَا عَنِ عَقْدِ النكاحِ وَلَا عَقْدِ الْبَيْعِ.

ونظير ذلك أيضًا قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ، دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُوا اللَّهَ بَعْضُهُمْ
مِنْ بَعْضٍ». وقال في الخبر: «فَمَنْ تَلَقَّاهَا فَصَاحِبُهَا بِالْخِيَارِ إِذَا قَدِمَ السُّوقَ»^(٤). ولم
يَفْسُدِ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا نَهَى عَنِ سَبَبِهِ، وَهُوَ تَلَقُّيهِ، لَا أَنَّهُ نَهَى عَنِ الشَّرَى وَالْبَيْعِ.

فكُلُّ نَهْيٍ وَقَعَ فِي نِكَاحٍ أَوْ بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ أَوْ عَقْدٍ مِنَ الْعُقُودِ بِهَذَا الْوَصْفِ فَالْعَقْدُ
جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا قُصِدَ بِالنِّهْيِ إِلَى السَّبَبِ، لَا إِلَى الْبَيْعِ فِي نَفْسِهِ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «إِلَّا»، ثُمَّ ضَرَبَ عَلَى الْهَمْزَةِ لِيَصِيرَ كَالْمُثْبِتِ.

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٥١٤٢) وَمُسْلِمٌ (١٤١٢) مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (١٤١٣) مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (١٥١٩) مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وَرُبَّمَا وَقَعَ النِّهْيُ عَنِ الْبَيْعِ لِمَعْنَى مَوْجُودٍ فِي حَالِ الْبَيْعِ، لَا قَبْلَهُ، فَمَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ لِمَعْنَى مَوْجُودٍ فِي حَالِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ يَنْقَسِمُ أَيْضًا:

فَمِنْ ذَلِكَ: مَعْنَى فِي السَّلْعَةِ أَوْ الثَّمَنِ يُؤَدِّي فَسَادَهُ إِلَى دُخُولِ الْجَهْلِ فِي السَّلْعَةِ أَوْ فِي ثَمَنِهَا.

ومنه: مَا لَا يُؤَدِّي إِلَى الْجَهْلِ بِالسَّلْعَةِ وَلَا بِثَمَنِهَا، أَوْ يُؤَدِّي إِلَى الْجَهْلِ أَوْ الْغَرَرِ بِالْيَسِيرِ^(١) مِنْهَا.

فَمَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَفْسُدِ الْبَيْعُ مِنْ أَجْلِ فَسَادِهِ؛ لِأَنَّهُ يَسِيرٌ، وَالْغَرَرُ الْيَسِيرُ يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ، وَمَا كَانَ لَا نِهَايَةَ لَهُ وَرُبَّمَا أَدَّى إِلَى الْكَثِيرِ وَرُبَّمَا أَدَّى إِلَى الْقَلِيلِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ.

أَلَا تَرَى إِلَى نَهْيِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ، وَإِلَى نَهْيِهِ عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبْلَةِ، وَإِلَى نَهْيِهِ / عَنْ بَيْعِ الْمَلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْمَضَامِينِ وَالْمَلَاقِيحِ، وَإِلَى نَهْيِهِ عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا^(٢)، وَكُلُّ ذَلِكَ غَرَرٌ كَثِيرٌ فِي السَّلْعَةِ وَالثَّمَنِ، وَالْبَيْعُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ بَاطِلٌ. وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ عَنْ تَضَرُّعِ الْإِبِلِ وَالْغَنَمِ^(٣)، وَلَمْ يَفْسُدِ الْبَيْعُ، وَجَعَلَ لِلْمَشْتَرِي الْخِيَارَ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ مَا كَانَ مُؤَدِّيًّا إِلَى الْغَرَرِ الْيَسِيرِ وَإِنْ كَانَ مُحْظُورًا لَمْ يَنْقَسِخْ^(٤) بِهِ الْبَيْعُ، وَمَا أَدَّى إِلَى

(١) كَذَا فِي الْأَصْلِ، وَكَتَبَ فِي هَامِشِهِ: «خ: فِي الْيَسِيرِ».

(٢) حَدِيثُ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ وَالنَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُمَا فِي مَسْأَلَةِ السَّلَفِ جَزَافًا، وَحَدِيثُ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الْمَلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ سَبَقَ تَخْرِيجَهُ فِي مَسْأَلَةِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ، وَحَدِيثُ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبْلَةِ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٢١٤٣) وَمُسْلِمٌ (١٥١٤) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَحَدِيثُ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الْمَلَاقِيحِ وَالْمَضَامِينِ أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ مِنْ حَدِيثِ الزَّهْرِيِّ عَنْ سَعِيدِ مَرْسَلًا. وَانْظُرْ «التَّلْخِيصَ» لِلْحَافِظِ (١٧٤٩/٤ - ١٧٥٠).

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٢١٤٨) وَمُسْلِمٌ (١٥١٥) مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) كَذَا فِي الْأَصْلِ، وَكَتَبَ فَوْقَهُ: «خ: يَفْسُدُ».

الغرر الكثير فالبيع فاسدٌ، والله أعلم.

ومن النهي في البيوع: ما لم يقع لمعنى في السلعة ولا في ثمنها، ولا لغرر في البيع، وإنما وقع لمعنى في البائع أو في المشتري أو فيهما دون السلعة والتمن، فما كان من النهي في البيوع من أجل معنى في واحد من المتبايعين لم ينفسخ البيع من أجله.

ألا ترى إلى قوله صلى الله عليه: «لا تَلَقُّوا الرُّكْبَانَ». فإنما نهى المشتري لمعنى فيه دون البائع، وإلى قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ، وَلَا يَبِيعُ عَلَى بَيْعِهِ». فإنما ذلك لمعنى في البائع دون المشتري، فالبيع فيهما صحيح؛ لأنَّ النهي إنما وقع لمعنى في البائع أو المشتري، لا لمعنى في السلعة.

ونظير ذلك قوله عزَّ وجلَّ: ﴿إِذَا تُدِىَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]. فالبيع في ذلك الوقت عاصي لمعنى فيه، وهو ما ألزمه الله من حضور الجمعة، لا لمعنى في سلعته، فالبيع في ذلك جائز وإن كان هو عاصي في بيعه.

فكُلُّ ما^(١) كان من النهي بهذا الوصف فالبيع فيه جائز وإن كان البائع أو المشتري أو هما عاصيين، وما كان من النهي لمعنى في السلعة أو في ثمنها فالبيع فيه فاسدٌ إذا دخل النهي في ذلك، وذلك مثل نهيه صلى الله عليه عن بيع الغرر جملةً، ونهيه عن بيع الثمار حتى يَبْدُو صلاحُها، وسائر ما ذكرناه من البيوع، مثل / نهيه عن الملامسة والمنابدة وما كان في معناهما مما نهى عنه لغرر في السلعة أو في الثمن أو في الأجل، وكُلُّ ما^(٢) كان من النهي من أجل ما ذكرناه كان البيع فيه فاسدًا.

(١) رسم الأصل: «فكلما».

(٢) رسم الأصل: «فكلما».

وجميع ما أتى به المزيُّ من^(١) هذا الباب من سائر ما ذكرناه من أقسام البيع فغير داخل في مسألتنا، ولا هو مما خالف الشافعيَّ فيه بسبيل؛ لأنَّ مسألتَه بيعٌ وَقَعَ فيه شرطٌ ففسَدَ الشرطُ هل يَبْطُلُ البيعُ لِفَسَادِ الشرطِ أم لا؟ وقد ذكرنا الجواب عن ذلك، فأما سائر ما أتى به من البيوع والنكاح والوكالات فإنَّما يَفْسُدُ إن فسدَ لفسادٍ وَقَعَ فيها لا من أجلِ شرطٍ ضُمَّ إليه، وليس الكلامُ في ذلك من الكلام فيما خالف الشافعيَّ فيه بسبيل، وقد ذكرنا في تقسيم ذلك ما تَرَجُّو أن تكونَ فيه كفايةً.

وأما النكاحُ فلا يَنْقَسِمُ النهيُّ فيه على الوجهين اللَّذَيْنِ قَسَمْنَا أمرَ البيوع؛ لأنَّ البيوعَ لا تَتِمُّ إِلَّا بْبَائِعٍ وَمَشْتَرِيٍّ وَسَلْعَةٍ وَثَمَنِ، والمَقْصِدُ في البيوعِ التجارةُ والأرباحُ، والتجارةُ إِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِالسَّلْعَةِ وَالثَّمَنِ، لا بِالْبَائِعِ وَالْمَشْتَرِيٍّ، فَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ أَفْسَدَ البيعُ إِذَا وَقَعَ الفسادُ في السَّلْعَةِ أَوْ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُمَا الْمَقْصُودَانِ، وَلَا يَنْقَسِخُ لِمَعْنَى فِي الْبَائِعِ وَلَا فِي الْمَشْتَرِيٍّ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا بِمَقْصُودَيْنِ وَلَا الرِّبْحُ فِيهِمَا. ولذلك جاز لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَشْتَرِيَ سَلْعَةً مِنْ غَيْرِهِ يَنْوِي أَنْ يَكُونَ شَرَاؤُهُ لغيرِهِ مِنْ حَيْثُ لَا يُظْهِرُهُ لِبَائِعِهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ صَحِيحًا؛ لِأَنَّهُ لَا مَقْصِدَ لِلْبَائِعِ فِي عَيْنِ مَنْ اشْتَرَى لَهُ السَّلْعَةَ، وَإِنَّمَا مَقْصِدُهُ فِي تَوْفِيرِ الثَّمَنِ، فَسَوَاءٌ سُمِّيَ لَهُ الْمَشْتَرَى لَهُ أَوْ لَمْ يُسَمَّ.

وليس كذلك النكاحُ؛ لأنَّ المَقْصِدَ في النكاحِ الزَّوْجَيْنِ لَا غَيْرُهُمَا، وَمَقْصِدُ الْمَرْأَةِ الزَّوْجِ، وَمَقْصِدُ الزَّوْجِ الْمَرْأَةَ، وَإِنَّمَا يَدْخُلُ الْمَهْرُ فِي ذَلِكَ / تَابِعًا مَعُونَةً^(٢) لهما على ما قصداه مِنَ الْإِتِّصَالِ.

(١) كذا في الأصل، وكتب فوقه: «في».

(٢) كذا في الأصل، ثم كتب فوقه: «خ: و». إشارة إلى أن في نسخة أخرى: «ومعونة».

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ الْفَسَادُ فِي الْمَهْرِ لَمْ يَبْطُلِ النِّكَاحُ، وَلَوْ لَمْ يُسَمَّ الْمَهْرُ فِي حَالِ الْعَقْدِ لَكَانَ الْعَقْدُ صَحِيحًا بِإِجْمَاعٍ، فَالزَّوْجُ سِلْعَةُ الْمَرْأَةِ الَّتِي قَصَدَتْهُ، وَالْمَرْأَةُ سِلْعَةُ الزَّوْجِ الَّتِي قَصَدَهَا، لَا غَيْرُ، فَإِذَا وَقَعَ النِّهْيُ فِي النِّكَاحِ مِنْ أَجْلِ أَحَدِهِمَا فَالنِّكَاحُ مُنْفَسَخٌ؛ لِأَنَّهُمَا السِّلْعَةُ.

أَلَا تَرَى أَنَّ رَجُلًا لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَنَوَى بِقَلْبِهِ أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ لغيرِهِ لَمْ يَجُزْ حَتَّى يُسَمِّيَهُ وَتَرْضَى بِهِ الْمَرْأَةُ وَالْوَلِيُّ فَيَجُوزُ حِينَئِذٍ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ؛ لِأَنَّهُمَا الْمَقْصُودَانِ، فَإِذَا وَقَعَ النِّهْيُ مِنْ أَجْلِ أَحَدِهِمَا كَانَ كَوَقُوعِ النِّهْيِ فِي الْبَيْعِ مِنْ أَجْلِ السِّلْعَةِ.

ولهذا جعل الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ كُلَّ نِكَاحٍ مَنْهِيٍّ عَنْهُ فَهُوَ بَاطِلٌ، فَسَوَّى بَيْنَ النِّهْيِ عَنِ نِكَاحِ الْمُحْرَمِ، وَنِكَاحِ الْمُتَعَةِ، وَنِكَاحِ الشَّغَارِ، وَنِكَاحِ الْمُحَلَّلِ وَالْمُحَلَّلِ لَهُ، وَكُلِّ نِكَاحٍ صَحَّ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ نَهَى عَنْهُ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ، وَلَمْ يَقْسِمْ ذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ كَمَا قَسَمَ أَمْرَ الْبَيَاعَاتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.



كتاب الضمان

مسألة [ضمان الوجه]

١٧

قال المزني: روي عن رسول الله صلى الله عليه أنه قال: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»^(١). فقَبِلَتْهُ العلماءُ، وَضَعَفَ الشافعيُّ ضَمَانَ الوجهِ، وَأَوْهَمَ جَوَازَهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، فَإِنْ كَانَ أَصْلًا سُلِّمَ، وَإِنْ كَانَ فِرْعًا فَسَبِيلُهُ الْقِيَاسُ، وَإِلَّا بَطَلَ ضَمَانُهُ، وَأَجْمَعُوا أَنَّ كُلَّ مَضمُونٍ غَيْرِ الوجهِ إِذَا هَلَكَ فَعَلَى ضَامِنِهِ قِيَمَتُهُ، فَلَوْ كَانَ أَصْلًا لِضَمَانِ الوجهِ لَكَانَ عَلَى ضَامِنِ الوجهِ إِذَا هَلَكَ دَيْنُهُ، فَلَمَّا بَطَلَ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَصْلًا^(٢) بَطَلَ أَنْ يَكُونَ ضَمَانُ الوجهِ قِيَاسًا عَلَيْهِ، فَبَطَلَ حَكْمُ ضَمَانِ الوجهِ عِنْدِي، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ مُتَقَدِّمٌ حُجَّةً فَيُقْبَلُ، وَقَدْ أَمَرَ اللَّهُ جَلَّ ذِكْرُهُ بِإِنْظَارِ الْمُعْسِرِ بِمَا لَزِمَهُ مِنَ الدَّيْنِ، وَضَامِنُ الوجهِ / مُعْسِرٌ بِالوجهِ، فَكَيْفَ يُكَلَّفُ مُعْسِرٌ إِحْضَارَ مَا هُوَ مُعْسِرٌ بِهِ وَقَدْ أَطْلَقَ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ سَبِيلَ الْمُعْسِرِينَ؟ وَالْحَاكِمُ ضَامِنٌ لِإِحْضَارِ الْمُطَالِبِينَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِإِحْضَارِهِ إِنْ عَرَفَ مَكَانَهُ أَوْ قَدَّرَ عَلَيْهِ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ إِحْضَارِهِ الْحَاكِمُ فَالضَّعِيفُ عَنْهُ أَعْجَزُ، وَلَا يُكَلَّفُ أَحَدٌ مَا لَا يُطِيقُ، وَإِنَّ فِي ضَمَانِ الوجهِ لِمَعُونَةٍ عَلَى الْمُلْدِّينَ وَعَلَى اسْتِخْرَاجِ الْحَقُوقِ بِحُضُورِ الظَّالِمِينَ^(٣)، فَاَنْظُرْ فِي ذَلِكَ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقَ.



(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥) والترمذي (١٢٦٥) وابن ماجه (٢٤٠٥) من حديث إسماعيل بن

عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَرْفُوعًا.

(٢) في الأصل: «أصل».

(٣) كذا في الأصل، وكتب في هامشه: «خ: المطالبين».

الاجواب

بأن أبا إسحاق لم يأت في هذه المسئلة بحجة من يجيز ضمان الوجه ولا بحجة من يضمنه. وقد تكلم في هذه المسئلة في المختصر^(١) فحجته عند ذكر في الكتاب للشرح. ونحن نتخصر مع ذكره في هذا الموضع. وجمعه:

بأن قول الشافعي قد اختلف فيه، فأجازه في موضع، وضعفه في موضع.

فإن ضمان الوجه في الحدود وما جرى مجراه فاض، قولاً واحداً؛ لأن ضرورة لا تؤدي إلى الكفارة فيه، إذ سبيل الحدود أن تُدرأ بالشبهات، وأن يُطلب بها ما يُسبغ^(٢) تأخير أمره فتؤخر، وتؤدي ذلك إلى ستر وجهه على نفسه فيستغنى عن كشفه وهتك ستره، وما كان هذا وصفه واحتيج إلى تأخير عنه تأكد الضرورة إلى تكفيه.

وإذا ما كان من حقوق الأديين التي لا بد لنحوكم من النظر فيه وقضيه إذا أدت ضرورة إلى تأخير الحكم بمعنى يختلج إليه الحكم فتنفي دخول تكفاته فيه رفقاً بالمعصية؛ لأن لا يتعوق عن أمره^(٣) إلى وقت الحاجة إليه، ورفقاً بالمعصية لأن لا يؤدي إلى تعذيبه^(٤) وقت حاجته، ففيه رفق، وبالنسب إليه حاجة، ومع ذلك فلا يمكن إجزائه إلا بدليل من كتاب أو سنة، فإما أن يجعل ذلك أصلاً يجوز من أجل حاجة الناس إليه وإن لم تدر الأصور / على جوازه فغير جائز.

(١) في الأصل: (ههنا)، ثم حول إلى (ههنا).

(٢) نص الشافعي في المختصر (الفتاوى: ١٤٣٢): «وضعف الشافعي كفاة الوجه في موضع، وأجازه في موضع آخر، إلا في الحدود».

(٣) في الأصل: (قول واحد).

(٤) في الأصل: (ايه).

(٥) في الأصل: (وكب فوقه: اخ: مورد).

(٦) هكذا رسم في الأصل، ولم يوضح في وجهه.

فَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ خَرَّجَهُ الشَّافِعِيُّ عَلَى وَجْهَيْنِ^(١):

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ بَاطِلٌ، وَهُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمَرْنِيُّ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّا وَجَدْنَا بَيْعَ الْأَعْيَانِ إِذَا اشْتَرِطَ تَأْخِيرَ الْقَبْضِ فِيهَا فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الْغَرَرِ، وَلَمْ يُعْمَلْ فِي ذَلِكَ عَلَى غَالِبِ السَّلَامَةِ، وَإِذَا كَانَ فِي نَقْلِ الْمِلْكِ فِي الْأَعْيَانِ الْبَيْعُ فِيهِ بَاطِلٌ مَعَ تَعَذُّرِ التَّسْلِيمِ فَضَمَانُ الْوَجْهِ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي ثَانِي، فَهُوَ ضَمَانُ عَيْنٍ عَلَى أَنْ يُسَلِّمَهُ فِي ثَانِي، فَلَوْ كَانَ ذَلِكَ جَائِزًا مَعَ تَأْخِيرِ التَّسْلِيمِ لَكَانَ ذَلِكَ فِي بَيْعِ الْأَعْيَانِ أَجُوزَ، وَإِذَا بَطُلَ فِي نَقْلِ الْمِلْكِ فَضَمَانُ الْوَجْهِ أَوْضَعُ.

وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا^(٢)، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّ مَا بَاعَهُ فَمَخْلُوقٌ، وَلَوْ عَقَدَ عَلَيْهِ عَلَى الْقَطْعِ لَكَانَ ذَلِكَ جَائِزًا، وَإِنَّمَا يَبْطُلُ بِتَأْخِيرِ الْقَبْضِ، وَلِمَا يُخَافُ عَلَيْهَا مِنَ الْآفَاتِ إِلَى أَنْ يَقْطَعَهَا، أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ»^(٣). وَكَذَلِكَ نَهَيْهِ عَنْ بَيْعِ الزَّرْعِ حَتَّى يَشْتَدَّ^(٤)، إِنَّمَا نَهَى عَنْ ذَلِكَ عَلَى التَّرْكِ وَتَأْخِيرِ الْقَبْضِ، فَأَمَّا إِذَا اشْتَرَاهُ عَلَى الْقَطْعِ أَوْ الثَّمَرَةَ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ، وَإِذَا بَطُلَ الْبَيْعُ فِي الْمَخْلُوقِ الَّذِي يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ مِنْ أَجْلِ التَّأْخِيرِ كَانَ بَطْلَانُ الْعَقْدِ فِي كِفَالَةِ الْوَجْهِ أَوْلى، لِمَا يَجُوزُ عَلَيْهِ مِنَ الْحَوَادِثِ إِلَى وَقْتِ الْحَاجَةِ إِلَى إِحْضَارِهِ.

فَهَذَا وَجْهُ هَذَا الْقَوْلِ.

(١) كَذَا فِي الْأَصْلِ، وَأَشَارَ فِي هَامِشِهِ إِلَى نَسْخَةِ أُخْرَى: «خَرَجَ الشَّافِعِيُّ كِفَالَةَ الْوَجْهِ عَلَى وَجْهَيْنِ».

(٢) حَدِيثُ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا تَقْدِمْ تَخْرِيجِهِ فِي مَسْأَلَةِ السَّلَفِ جَزَافًا.

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٢١٩٨) وَمُسْلِمٌ (١٥٥٥) مِنْ حَدِيثِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٣٧١) وَالتِّرْمِذِيُّ (١٢٢٨) وَابْنُ مَاجَةَ (٢٢١٧) مِنْ حَدِيثِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعَنْبِ حَتَّى يَسُودَ، وَعَنْ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى يَشْتَدَّ.

وَأَمَّا مَنْ قَالَ: إِنَّ كِفَالَ الْوَجْهِ تَلْزَمُ؛ فَيُسَبِّهُ أَنْ يَقُولَ: إِنَّ الْعَقُودَ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ
وَالْإِجَارَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ إِنَّمَا تُجْرَى عَلَى مَا يُمَكِّنُ مِنْ دَفْعِ الْغَرَرِ، وَقَدْ يَبْطُلُ بَعْضُ
الْعَقُودِ لَغَرَرٍ يُمَكِّنُ إِزَالَتَهُ بِلَا ضَرَرٍ، وَيَجُوزُ عَقْدٌ^(١) فِيهِ مِنَ الْغَرَرِ أَكْثَرُ مَا فِي الْأَوَّلِ إِذَا
لَمْ يُمْكِنْ / إِزَالَةُ ذَلِكَ إِلَّا بِضَرَرٍ، فَيُفَرَّقُ بَيْنَ الْعَقْدَيْنِ وَهُمَا مُسْتَوِيَانِ فِي الْغَرَرِ، بَلْ قَدْ
(٦٩ / ب) يَجُوزُ أَكْثَرُهُمَا غَرَرًا وَيَبْطُلُ أَقْلُهُمَا غَرَرًا لِاخْتِلَافِهِمَا فِي إِمْكَانِ إِزَالَةِ الْغَرَرِ بِلَا ضَرَرٍ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ تَبَايَعَا طَعَامًا فِي غِرَارَةٍ أَوْ تَمَرًا فِي جِرَابٍ لَمْ يَرِيَاهُ أَوْ أَحَدُهُمَا
لَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ غَرَرٍ، وَلَوْ تَبَايَعَا جَوْزًا فِي قَشْرِهِ أَوْ لَوْزًا أَوْ سَائِرَ مَا يُؤْكَلُ
مِمَّا يَكُونُ مَأْكُولُهُ فِي جَوْفِهِ مُغْنِيًا لَكَانَ الْبَيْعُ فِي ذَلِكَ صَحِيحًا، وَفِيهِ مِنَ الْغَرَرِ مِثْلُ
مَا فِي الطَّعَامِ فِي الْغِرَارَةِ أَوْ أَكْثَرُ، وَفَرَقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ إِظْهَارَ الطَّعَامِ مِنَ الْغِرَارَةِ وَإِخْرَاجَ
التَّمْرِ مِنَ الْجِرَابِ مُمْكِنٌ بِلَا ضَرَرٍ يَلْحَقُ الطَّعَامَ وَلَا فُسَادٍ؛ لِأَنَّهُ تَوَلَّى إِدْخَالَهِ مِنْ
أَجْلِ حِرْزِهِ، وَإِخْرَاجُهُ إِلَيْهِ بِلَا ضَرَرٍ، فَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا حَتَّى يُزَالَ ذَلِكَ الْغَرَرُ وَيُعَايِنَاهُ
جَمِيعًا، وَأَمَّا الْجَوْزُ وَاللَّوْزُ فَهُوَ خِلْقَةُ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ لَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ، وَبِالنَّاسِ حَاجَةٌ إِلَى
تَقْرِيرِهِ بِحَالِهِ وَتَبَقُّيَّتِهِ عَلَيْهِ، وَفِي إِخْرَاجِهِ ضَرَرٌ؛ لِأَنَّهُ يُسْرِعُ الْفُسَادَ إِلَيْهِ، وَلَا يُمَكِّنُ
تَبَقُّيَّتَهُ إِذَا أَخْرَجَ مِنْ قَشْرِهِ كَمَا يُمَكِّنُ إِذَا كَانَ فِي قَشْرِهِ، وَعَادَةُ النَّاسِ جَارِيَةٌ بِتَبَقُّيَّتِهِ
عَلَى حَالِهِ إِلَى أَنْ يَأْتِيَ وَقْتُ اسْتِعْمَالِهِ فَيُخْرَجُ مِنْ قَشْرِهِ عَلَى حَسَبِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ،
وَبِهِمْ حَاجَةٌ إِلَى بَيْعِهِ وَشِرَائِهِ وَتَبَقُّيَّتِهِ، فَأَجِيزَ بَيْعُ ذَلِكَ مَعَ مَا فِيهِ مِنَ الْغَرَرِ؛ لِمَا عَلَيْهِ
مِنْ إِزَالَتِهِ^(٢).

أَلَا تَرَى أَنَّ بَيْعَ الطَّعَامِ فِي سُنْبُلِهِ غَيْرُ جَائِزٍ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ خِلْقَةً كَخِلْقَةِ اللَّوْزِ؛ لِأَنَّ
الْعَادَةَ لَمْ تَجْرِ بِإِدْخَالِهِ فِي سُنْبُلِهِ، وَلَا فِي إِخْرَاجِهِ عَنْ سُنْبُلِهِ فُسَادًا، بَلْ عَادَةُ النَّاسِ

(١) كَذَا فِي الْأَصْلِ، وَكُتِبَ فِي هَامِشِهِ: «خ: الْعَقْد».

(٢) كَذَا فِي الْأَصْلِ، وَأَشَارَ فَوْقَهُ إِلَى نَسْخَةِ أُخْرَى: «لَمَّا فِي إِزَالَتِهِ».

جارية في ادخار الحنطة وتبقيتها بعد إخراجها من سنبليها، فلذلك لم يجر بيعها في سنبليها^(١).

(١/٧٠) هذا على مذهب / مَنْ لا يُجِزُ بَيْعَ الطَّعَامِ فِي السَّنْبِلِ وَلَا يُصَحِّحُ الْخَبَرَ فِيهِ، فَأَمَّا مَنْ صَحَّحَ نَهْيَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ عَنْ بَيْعِ الزَّرْعِ حَتَّى يَشْتَدَّ وَحَتَّى يَبْيَضَّ، وَأَجَازَ ذَلِكَ إِذَا ابْيَضَّ وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّمَارِ إِذَا بَدَأَ صِلَاحُهَا = فَقَدْ سَوَّى بَيْنَ ذَلِكَ وَبَيْنَ الْجَوْزِ وَاللُّوزِ.

فأما ما كان من التمر مخلوقاً على رؤوس النخل فغير جائز بالخبر لما فيه من الغرر، ومع ذلك فأجيز عقد الإجارة، وهو عقد على ما لم يُخلَقْ بعد من المنافع ولا يُدْرَى هل يُخلَقُ أم لا؟ وهذا أكثر غرراً من بيع الأعيان التي^(٢) يتأخر القبض فيها، ومع ذلك فهو جائز؛ لأنَّ بالناس حاجة إلى العقد على المنافع كحاجتهم إلى العقد على أصول أملاكهم، والمنافع فإما ماضية لا يمكن العقد عليها؛ لأنَّه فائت، وإما مستقبل فلم يُخلَقْ بعد، فالضرورة تُؤدِّي إلى تقديم العقد قبل أن يُخلَقَ حتى إذا خُلِقَ حَصَلَ فِي يَدَيِ الَّذِي ابْتَاعَهُ، فلذلك أُجِزَ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمُرْفِقِ وَأَنْ لَا طَرِيقَ إِلَيْهِ غَيْرُ ذَلِكَ.

ومثل ذلك ما لا خلاف فيه أن لا يجوز ضمان المال حتى يكون واجباً ويكون ما تَصَمَّنَه معلوماً، ومتى دَخَلَ الشَّكُّ فِي أَصْلِ الضَّمانِ أَوْ دَخَلَ الْجَهْلُ فِي مِقْدَارِهِ كَانَ الضَّمانُ باطلاً، ومع ذلك فقد أُجِزَ ضَمَانُ الدَّرَكِ، وَضَمَانُ الدَّرَكِ مَشْكُوكٌ فِيهِ، بَلِ الظَّاهِرُ أَنَّ مِلْكَ مَا بَاعَهُ صَحِيحٌ^(٣)، ولولا ذلك لَمَا أَجَزْنَا بَيْعَهُ، وَأُجِزَ مَعَ ذَلِكَ ضَمَانُهُ إِذَا تَبَيَّنَ فِي الْمَتَعَقَّبِ أَنَّ ثَمَّ دَرَكَاً^(٤)، لأنَّه أَمْرٌ إِذَا خَرَجَ عَنْ يَدِ صَاحِبِهِ فَاتَ،

(١) كذا في الأصل، وأشار في هامشه إلى نسخة أخرى: «يجوز بيعه في سنبله».

(٢) في الأصل: «الذي»، ثم حول إلى المثبت. (٣) في الأصل: «صحيحاً»، ثم حول إلى المثبت.

(٤) في الأصل: «درك».

فإذا لَحِقَهُ الدَّرَكُ لم يُمكنه استدراك ما فاتَه، وأدَّى ذلك إلى تَلَفِ مالِه؛ لأنَّه قد يَجِدُه مِيتًا أو مفلِسًا، ويأْخُذُ رَبُّ السلعةِ سِلْعَتَه بالبِينةِ / التي قامت له، وَيَبْقَى المشتري بلا (٧٠ / ب) سلعةٍ ولا ثمنٍ، وإنَّما دخل في العقدِ على السلامة غيرَ راضِي بِذِمَّةِ أَحَدٍ، فجُعِلَ له مِن أَجْلِ ذلك الاستِثْناءُ تَضْمِينٌ في دَرَكٍ إن كان، وهو مشكوكٌ فيه، غيرُ معروفِ المقدارِ، أُجِيزَ ذلك للضرورةِ إليه ولِمَا فيه مِنَ الرِّفْقِ، وإذا كان ذلك قد يَدْخُلُ في ضَمَانِ المالِ فكفالةُ الوجهِ مع ما فيه مِنَ الرِّفْقِ أَوْلَى بالجوازِ مع ما فيه مِنَ الغَرَرِ.

فهذا وجهُ هذا القولِ.

* وأما ما قاله المِزْنِيُّ رَحِمَهُ اللهُ مِن أَنَّ ضَمَانَ الوجهِ لو كان صحيحًا لوجب بَدَلُه إذا تَعَذَّرَ إَحْضارُه، كما أَنَّ على مَنْ وجب عليه شيءٌ^(١) ففاته وجب بَدَلُه = فليس بصحيح؛ لأنَّ مِنَ الحقوقِ والعُقُودِ ما إذا تَلَفَ أو تَعَذَّرَ وَجَبَ بَدَلُه كما ذكر المِزْنِيُّ، وَمِنَ الحقوقِ ما إذا تَعَذَّرَ بَطَلَ ولم يَجِبْ بَدَلُه إذا مات أو تَعَذَّرَ إَحْضارُه.

ألا تَرَى أَنَّ عقدَ الإِجارةِ صحيحٌ لازمٌ يُجْبِرُانِ عليه، ولو اسْتَهْذَمَ العقارُ لبطل العقدُ، ولم يَجِبْ على المؤاجِرِ بَدَلُه، وَرَجَعَ كُلُّ واحدٍ منهما إلى حالِه قبل العقدِ لِتَعَذُّرِ ما عَقَدَا عليه؛ لأنَّ العقدَ وَقَعَ على عَيْنٍ، فلا يُنْقَلُ إلى غيرِه ولا يُلْزَمُ بَدَلُه، فكذلك ضَمَانُ الوجهِ عقدٌ وقعَ على عَيْنٍ، فإذا فاتَ العينُ بَطَلَ العقدُ ولم يُنْقَلُ إلى غيرِه ولم يَجِبْ عليه بَدَلُه.

ومثْلُ ذلك كُلِّ عقدٍ وقعَ على عَيْنٍ فَتَلَفَتِ العينُ فليس على العاقِدِ بَدَلُه، وكذلك كَفَالَةُ الوجهِ. ألا تَرَى أَنَّ البيعَ والشراءَ إذا وقعا على عَيْنٍ فلم يَقْبِضْ حتى تَلَفَتِ السلعةُ لم يَجِبْ على البائعِ بَدَلُ السلعةِ وبطلَ العقدُ لِتَلَفِ السلعةِ، لأنَّ العقدَ وقعَ

(١) في الأصل: «شيئاً».

(١٧١ / ١) على عين ففات العين. / أرأيت لو رهن سلعة فتلفت السلعة قبل التسليم أو بعده هل يلزمه بدله؟

فإذا كان البدل غير واجب في جميع هذه المواضع فضمان الوجه كذلك.

* وأما ما ذكره من إنظار المعسر = فصحيح؛ لقوله عز وجل: ﴿وإن كانت ذوة منكم﴾ فنظرة إلى ميسر ﴿[البقرة: ٢٨٠]﴾. ولا فرق بين أن يُعسر بالمال أو البدن، فمتى أمكنه إحضار من يضمن وجهه فعليه إحضاره كما إذا أمكنه أداء المال الذي ضمنه فعليه أدائه، وإذا تعذر عليه إحضاره لغيبته أو لأنه حيل بينه وبينه سقط ذلك عنه حتى يمكنه ذلك؛ لأنه قد أعسر به، كما إذا لحقه ذلك في المال أنظر، ولا فرق بينهما.

* وأما ما ذكره من أمر الحاكم أنه على طلبه أقدر = فالحاكم لا يلزمه طلب من عليه الحقوق، وإنما يلزمه فيمن ثبت عليه حق^(١) ولظ به^(٢) إذا عرف موضعه وطالبه صاحب الحق تعريف السلطان ما لزمه وأمره إياه بإحضاره فيكون السلطان المتولي لإحضاره، فأما الحكام فليس عليهم طلب الناس، وإنما عليهم النظر في أمورهم إذا حضروا، أو تعريفه السلطان ما صحَّ عنده ليتقدم السلطان في ذلك بما يلزمه من طلبه وإحضاره إذا قدر عليه، وكذلك إذا ثبت عنده ملك^(٣) لخصم في عقاره فإنما يعرف الحاكم السلطان ما صحَّ عنده حتى يكون السلطان هو المسلّم وهو المداخل لليد المحقة وإزالة اليد المتعدية، والله أعلم.

وفي الجملة إن هذه المسألة محتمة، والحجة لكل واحد من الوجهين ليس بالواضح، غير أن المزني لم يأتي بما يقوم جوازه ولا بما يبطله، والله ولي التوفيق.



(٢) لظ به: لزمه.

(١) في الأصل: «حقا»، ثم حول إلى المثبت.

(٣) في الأصل: «ملكا»، ثم حول إلى المثبت.

رب يسر

كتاب القراض

١٨ مسألة [القراض على شرط معونة الغلام]

قال المزني: لو قال قائل: لَمَّا لم يَجُزْ أن أدفعَ إليك ما لَاقِرَاضًا على شرطٍ أن أعاونَكَ فيه بنفسي لم يَجُزْ على شرطٍ أن يُعاونَكَ فيه غلامي؛ لأنَّ معونةَ غلامي كمَعُونَتِي، فَلَمَّا لم يَجُزْ اشتراطُ مُعَاوَنَتِكَ بنفسي لم يَجُزْ بِمُعَاوَنَةِ غلامي = ما حُجَّتْكَ عليه؟ فإن كان تجويزُ شرط معونة غلامي أصلاً سُلِّمَ للأصل ولم يُبطل أضلاً بقياس، وإن لم يكن أصلاً فهذا قياسٌ عندي، ما أنتم قائلون لقائل هذا القول؟ وبالله التوفيق^(١).



فالجواب

أن يقال لهذا القائل: غَلِطْتَ في تأويلك، وقِسْتَ الشيءَ على ما ليس له بنظير، وذهبتَ عن مراد الشافعيِّ فيما قَصَدَه؛ لأنَّ المقارضةَ على أن يعملَ معه غلامُه فليس تأويلُ المسألةِ ما ذهبتَ إليه، وإنَّما تأويلُها أنَّ التجارةَ التي وقع القراضُ فيها لا يُسْتَغْنَى فيه عن مُعَيَّنٍ بحملٍ^(٢) ووضعٍ وخروجٍ ودخولٍ، والمُعَيَّنُ على

(١) انظر المسألة في «المختصر» للمزني (الفقرة: ١٥٩٧).

(٢) كذا في الأصل، ثم حول إلى: «الحمل».

ذلك إذا لم يُسْتَعْنَى عنه رُبَّمَا اكْتَرِي مِنْ جَمَلَةِ الْمَالِ فَيَنْقُصُ مِنْ رِبْحِهِمْ، وَرُبَّمَا اشْتَرِطَ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْعَامِلِ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ، وَرُبَّمَا اشْتَرِطَ أَنْ يَكُونَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ جَائِزًا تَابِعًا لِلْعَقْدِ.

(١ / ٧٢) كَمَا أَنَّ / الْمَسَاقَاةَ لَمَّا لَمْ يُسْتَعْنَى فِيهَا عَنْ ثَوْرِ يَدُورُ وَعَنْ غَلَامٍ يَخْدُمُ وَيُعِينُ الْمَعَامِلَ إِذَا السَّقِيُّ لَا بُدَّ فِيهِ مِنْهُ فَرُبَّمَا اكْتَرِي ذَلِكَ مِنْ وَسْطِ الْمَالِ فَيَكُونُ نَقْصَانًا مِنْ ثَمَنِ الثَّمَرَةِ، وَرُبَّمَا اشْتَرِطَ أَنْ يَكُونَ عَلَى رَبِّ النَخْلِ، وَرُبَّمَا اشْتَرِطَ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْمَسَاقِي، فَيَكُونُ جَمِيعُ ذَلِكَ جَائِزًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلُ ذَلِكَ أَنْ يَعْمَلَ رَبُّ النَخْلِ مَعَهُ لَكَانَ الْعَقْدُ بَاطِلًا.

وَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُسْتَعْنَى فِي هَذِهِ التِّجَارَةِ عَنْ غَلَامٍ يَخْدُمُ فِيهِ فَاشْتَرِطَ رَبُّ الْمَالِ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْعَامِلِ جَازَ، وَإِنْ اشْتَرِطَ الْعَامِلُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ جَازَ، وَكَذَلِكَ نَفَقَتُهُ عَلَى حَسَبِ الشَّرْطِ، إِمَّا مِنْ وَسْطِ الْمَالِ، أَوْ عَلَى مَالِكٍ، أَيْ ذَلِكَ كَانَ جَازًا.

وَلَوْ عَامَلَهُ عَلَى الثَّوْرِ مَنْفَرَدًا دُونَ الْحَائِطِ أَوْ عَلَى الْغَلَامِ مَنْفَرَدًا لَكَانَ الْعَقْدُ بَاطِلًا، وَإِنَّمَا جَازَ فِي الْمَسَاقَاةِ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ عَقْدٍ صَحِيحٍ، تَابِعٌ لَهُ، لَيْسَ بِمَقْصُودٍ فِي نَفْسِهِ، كَالثَّمَرَةِ إِذَا بِيَعْتَ قَبْلَ بُدْوَ الصَّلَاحِ مَعَ النَخْلِ فَيَكُونُ الْبَيْعُ جَائِزًا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ النَخْلُ لَا الثَّمَرَةُ، وَلَوْ قَصَدَ الثَّمَرَةَ فِي نَفْسِهَا فَاشْتَرَاهَا قَبْلَ بُدْوَ الصَّلَاحِ لَكَانَ ذَلِكَ بَاطِلًا، فَكَذَلِكَ إِذَا عَامَلَ عَلَى الْغَلَامِ أَوْ عَلَى الثَّوْرِ مَنْفَرَدًا لَمْ يَجْزِ، وَإِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ النَخْلُ أَوْ الْمَالُ الَّذِي يَتَجَرُّ فِيهِ كَانَ ذَلِكَ تَابِعًا، / وَلِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ. (٧٢ / ب)

وَإِذَا شَرِطَ فِي الْمَسَاقَاةِ بَدَلُ الثَّوْرِ مَعُونَةَ رَبِّ الْحَائِطِ أَوْ بَدَلُ الْغَلَامِ لَكَانَ الْعَقْدُ بَاطِلًا، فَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرِطَ فِي الْمِضَارِبَةِ بَدَلًا مِنَ الْغَلَامِ عَمَلَ رَبِّ الْمَالِ، لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَمَلُهُ تَابِعًا، وَلَا أَنْ يُنْسَبَ إِلَى أَنْ عَمَلَهُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْقِرَاضِ، لِأَنَّهُ الْأَصْلُ فِي الْعَقْدِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ الْأَصْلُ تَابِعًا، لِأَنَّ مَا صَادَفَ عَمَلَهُ فِي الْمِضَارِبَةِ

والمساقاة فالأصل له والعمل له، فلا يَسْتَحِقُّ المساقِي ولا المضاربُ مِنْ عمله شيئاً،
لأنَّه لا عمل فيه للمساقِي ولا للمضاربِ ولا مال، وإذا لم يَسْتَحِقَّ مِنْ ذلك شيئاً وكان
عمله مختلطاً فعملُ العاملِ مجهولُ المقدارِ، وكان ما صادفَ عمله خارجاً مِنَ العقدِ،
وإنَّما دخل في عقدهما ما صادفَ على العاملِ، وذلك مجهولُ المقدارِ، فكان العملُ
الذي وقع العقدُ عليه مجهولاً^(١)، وإذا جهل ذلك بطل العقدُ مِنْ أصله.

فإن قيل: فذلك عملُ الغلامِ والثَّورِ الأصلُ لربِّ المالِ والعملُ له؛ لأنَّ عملَ
غلامه كعمله، فلا يَسْتَحِقُّ المضاربُ مِنْ ذلك شيئاً، ويؤدِّي ذلك إلى فسادِ الأصلِ
كما ذكرت في هذا الفصل إذا اشترط عمله = قيل: لا يلزم ذلك؛ لأنَّ الثَّورَ في
المساقاة إنَّما يعملُ باستعمالِ العاملِ له، فالعملُ منسوبٌ إلى العاملِ وعملُ الثَّورِ
تابعٌ له، وكذلك^(٢) / الغلامُ إنَّما يَتَصَرَّفُ فيما يُصَرِّفُه فيه العاملُ، فالعملُ منسوبٌ
إلى العاملِ، وعملُ الغلامِ تابعٌ لعمله، فلذلك جاز اشتراطه، وربُّ الحائطِ هو
الأصلُ في العقدِ كالعاملِ، فلا يصيران تابعين، فمن أجل ذلك فسَدَ العقدُ.

فهذا تأويلُ هذه المسألة، لا ما حكاه المزنيُّ عن هذا القائلِ.

وللمسألة تأويلٌ غيرُ ذلك قد ذكره بعضُ مشايخنا، وهو أنَّ اشتراطَ الغلامِ
إنَّما اشترطَ لحاجةِ مالِكِه إلى تخريجِه وتعليمِه التجارة، فاشترطَ على العاملِ
اشتغاله معه ليتخرَّجَ ويتعلَّم التجارة ويتنفعَ به في تجارته، فيكونُ ذلك جائزاً تابعاً
للعقد، وإذا كان المقصِدُ فيه تخريجُه فربُّ المالِ مُفارقٌ له؛ لأنَّه الأصلُ في العقدِ
والمعاملة، فكيف يصيرُ مِنْ مصلحته أو مِنْ توابعه؟ والله أعلم.



(٢) في الأصل: «فذلك»، ثم حول إلى المثبت.

(١) في الأصل: «مجهول».

قال المزني: وقد قيل في الاحتيال لرجل إذا أراد أن يُقَارِضَ رجلاً بمالٍ على أن يكون مضموناً أن يُسَلِّفَ رُبَّ المالِ الذي أراد أن يُقَارِضَهُ جميعَ المالِ، فيكون ديناً عليه والمال له، ثم إن سألَه المدفوعُ إليه المالَ أن يُقَارِضَ الذي كان أسلفه فيُدْفَعَ إليه هذا المالَ على النصفِ فجائزٌ، ثم إن شاء المقارِضُ أن يردَّ المالَ الذي دَفَعَهُ إليه يَشْتَرِي به عنه وَيَبِيعُ معونةً له على معنى / القراضِ جازاً، فيكون الربحُ إن كان بينهما، وإن ضاع المالُ غَرِمَهُ المُسَلِّفُ له.

فانظر في ذلك نظر مثلك تُريدُ الله في نظرك راغباً إلى الله في توفيقك فعَلَّ الله ذلك بك.



فالجواب

إنَّ الأمرَ في احتيالٍ ما طلبه هذا الرجلُ قريبٌ على مذهبِ الشافعيِّ، وقد طَوَّلَ المزنيُّ ذلك بتعويقي غير صحيح، ولا هو جاري على عقدٍ غير متعلق بتبرُّع، وإنَّما تُجْرَى العقودُ على ما يمكن إنفاذها من حيث يكون صحيحاً يلزَمُ، فأما ما لا يَتِمُّ إلَّا بتبرُّع من أحد المتعاقدين فليس ذلك بحيلة، وإنَّما ذلك مسامحةٌ، وسبيلُ الأحكام أن تُجْرَى على ما توجبُه الأصولُ، وإن كره صاحبه، وإن لم يتبرَّع.

وأقربُ من ذلك على مذهبِ الشافعيِّ أن يدْفَعَ إليه مالاً مقارضةً وينهاه عن إخراجِه عن البلدِ أو عن سوقٍ من الأسواقِ، فيُخْرِجُ المقارِضُ المالَ عن البلدِ فيلزمُه بذلك الضَّمانُ، وهما على ما تشارطا من الربحِ، فيكون ذلك قِراضاً صحيحاً، والمقارِضُ للمالِ ضامنٌ إلى أن يرجعَ ذلك إلى يدِ مالِكِه.

أو يُودِعُهُ المَالَ وديعةً وَيَتَقَدَّمُ إليه أن لا يُخْرِجَهُ مِنْ حِرْزِهِ، فَيُخْرِجُهُ المودِعُ مِنْ حِرْزِهِ، فَيَلْزِمُهُ الضَّمَانُ، ثُمَّ يُضَارِبُهُ عَلَيْهِ، فلا تُبْرِئُهُ مضاربتهُ مِنْ ضَمَانِ التَّعَدِّي مَا لم يُصَرِّحْ به؛ لأنَّ المضاربةَ لا تُنَافِي الضَّمَانُ، فتكونُ مضاربةً صحيحةً، وضَمَانُ المَالِ على المقارِضِ.

(١ / ٧٤) ونظيرُ ذلك / ما قاله الشافعي رَحِمَهُ اللهُ فَيَمَنُ غَضِبَ رجلاً على مَالِهِ فَلَزِمَهُ ضَمَانُ الغَضَبِ، ثُمَّ رَهَنَهُ عنده بِحَقِّ له عَلَيْهِ، فصار ذلك رهناً، ولم يزل الضمانُ عن المُرْتَهِنِ، بل هو مضمونٌ عَلَيْهِ ما لم يُبْرِئْهُ الراهنُ مِنْ ضَمَانِ الغَضَبِ، أو تَرْجِعَ السلعةُ إِلَى يَدِ المَالِكِ ثُمَّ يَرْهَنَهُ رهناً مجدداً بتسليمٍ مجدِّدٍ، فأما إذا كان اليَدُ هي الأولى صَحَّ الرهنُ والضمانُ عَلَيْهِ؛ لأنَّ الرهنَ لا يُنَافِي الضمانَ، فكذلك إذا ضَارِبَهُ على مَالٍ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ مِنْ جهةٍ غَضِبَ أو عَارِيَةً ثُمَّ وَقَعَتِ المعاملةُ عَلَيْهِ كانتِ المعاملةُ صحيحةً والضمانُ بحالِهِ؛ لأنَّ المضاربةَ لا تُنَافِي الضَّمَانُ.

فهذا الوجهُ على مذهبِ الشافعيِّ أَقْرَبُ إلى ما أَرَادَهُ الرجلُ مِنَ الذي اختاره المِزْنِيُّ وَحَثَّ على قبولِهِ والرغبةِ إِلَى الله عَزَّوَجَلَّ في توفيقِهِ فعلَ الله ذلك بنا وبه وبجماعة المسلمين برحمته.



كِتَابُ الشُّفْعَةِ

٢٠ مسألة [النقص العارض في الشفعة]

قال المزني: زعم الشافعي رَحِمَهُ اللهُ إِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ شِقْصًا مِنْ دَارٍ فَأَصَابَهَا نَقْصٌ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ التَّرْكَ، وَلَا يَحُطُّ لِلنَّقْصِ شَيْئًا. وَيُشَبِّهُهُ عِنْدِي وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقَ أَنَّ لَهُ أَنْ يَحُطَّ بِقَدْرِ النَّقْصِ؛ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ مَا ذَهَبَ مِنْهَا مِنْ قِبَلِ اللَّهِ أَوْ مِنْ قِبَلِ الْعِبَادِ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا ذَهَبَ فِي الْوَجْهَيْنِ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ.

وكذلك^(١) / المرابحة^(٢)، مَنْ اشْتَرَى دَارًا فَذَهَبَ بَعْضُهَا، أَوْ ثَوْبًا فَذَهَبَ بَعْضُهُ، أَوْ عَبْدًا فَاعْوَرَّ، مِنْ قِبَلِ اللَّهِ أَوْ قِبَلِ الْعِبَادِ، أَنَّ الذَّاهِبَ مِنْهَا كَانَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ، كَمَا أَنَّ الْبَاقِيَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ^(٣) مَرَابِحَةً وَقَدْ ذَهَبَ نَصْفُهَا مِنْ قِبَلِ اللَّهِ أَوْ مِنْ قِبَلِ الْعِبَادِ، وَلَوْ كَانَ الذَّاهِبُ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ لَيْسَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ لَكَانَ الذَّاهِبُ مِنْ قِبَلِ الْعِبَادِ لَيْسَتْ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَجَازَ أَنْ يَشْتَرِيَ رَجُلٌ ثَوْبًا فَيُحْرِقَ نَصْفَهُ فَيَحِلَّ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَابِحَةً فَيَقُولَ: «هُوَ عَلَيَّ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ»، وَإِذَا بَطَلَ هَذَا بَطَلَ نَظِيرُهُ، فَكَذَلِكَ كُلُّ ذَاهِبٍ مِنَ الثَّوْبِ وَالْدَّارِ وَالْعَبْدِ فِي نَحْوِ ذَلِكَ مِنَ الْبَيُوعِ، كُلُّ نَقْصٍ دَخَلَهُ لَمْ يَجْزُ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَابِحَةً.

(١) في الأصل: «فكذلك»، ثم حول إلى المثبت.

(٢) يقال: «بعته المتاع واشتريته منه مرابحة» إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحا. انظر «المصباح» (مادة: رب ح).

(٣) ظاهر ما في الأصل: «ينتفع»، ثم حول إلى المثبت.

فَتَفَهُمَ وَاسْتَقْصِي تَجِدَ مَا قُلْتُ كَمَا وَصَفْتُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.



٢٢١

والوجه الثاني: أن نيست المسألة على قولين من جهة الشُّفْعَةِ، ولكن قد اختلف قول الشافعي في النصفقة إذا تَضَمَّنَ شَيْئَيْنِ فَصَحَّ في أَحَدِهِمَا دون الآخر فخرَّجَه على قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمُشْتَرِي يُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الْبَاقِي بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ يَرُدَّ. والقول الثاني - وهو المشهور من قوله - : إِنَّهُ يَأْخُذُ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ يَرُدَّ. وهذا أَصَحُّ الْقَوْلَيْنِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ. فَأَجَابَ فِي الشُّفْعَةِ إِذَا تَلَفَ الْبَعْضُ وَبَقِيَ الْبَعْضُ أَنَّهُ يَأْخُذُ مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، حَسَبَ مَا قَالَ فِي الْمُشْتَرِي، والقول الثاني: إِنَّهُ يَأْخُذُ الْبَاقِي بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، حَسَبَ مَا قَالَ فِي الْمُشْتَرِي أَيْضًا.

والوجه الثالث: أن نيست المسألة على قولين، وإنَّما ذلك اختلافٌ حَالِيْن، فالذي (٧٥: ب) قال في الموضع / الذي حكاه المزي أنه يأخذه بجميع الثمن ما مجراه مجرى العيوب مع سلامة الأصول، كأنه استهدم ما فيه الشُّفْعَةُ والعين باقية فأجراه مجرى العيوب فخير بين أن يأخذه بجميع الثمن أَوْ يَرُدَّ، وهذا ما لا يختلف فيه قوله في البيع أن المشتري يُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ يَرُدَّ. وجوابه الذي نعرفه أنه يأخذه بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ أَرَادَ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَتَلَفُ مِنَ الْعَيْنِ الَّتِي فِيهَا الشُّفْعَةُ بَعْضُهُ، مثل أن يَحْتَرِقَ أَوْ يَغْرَقَ بَعْضُهُ وَيَبْقَى الْبَعْضُ، فيكون مُخَيَّرًا بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ مَا يَبْقَى بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ مِنَ الْأَصْلِ، وما ذهب من الأصول فليس مجراه مجرى العيوب. وإذا خُرِّجَتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَخْتَلَفِ الْقَوْلُ فِيهَا، وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ مَا لَحِقَهُ مِنَ السَّمَاءِ وَبَيْنَ مَا لَحِقَهُ مِنَ الْأَدْمِيِّينَ.

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ ذَكَرَ أَنَّ الشَّافِعِيَّ إِنَّمَا ذَكَرَ الْآفَةَ مِنَ السَّمَاءِ لِأَنَّ مَا يَلْحَقُهُ مِنَ آفَةِ السَّمَاءِ لَا يَأْخُذُ لَهُ عَوَضًا، وَمَا لَحِقَهُ مِنَ آدَمِيٍّ فَلَهُ عَوَضُهُ، فَإِنْ كَانَ قَدْ أَخَذَهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ عَوَضًا مَا تَلَفَ - سِوَاءَ كَانَ ذَلِكَ مَجْرَاهُ مَجْرَى الْعُيُوبِ أَوْ أُتْلِفَ

(١) في الأصل: «والذي»، ثم حول إلى المبتدأ.

مِنَ الْأَصْلِ مِنَ الْمُتَلَفِ - ثُمَّ يَأْخُذُ مِنَ الشَّفِيعِ الثَّمَنَ بِكَمَالِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَأْخُذَ عَوَضَ الشَّيْءِ مَرَّتَيْنِ، وَلَا بُدَّ لَهُ مِنَ الْاِخْتِسَابِ لِلشَّفِيعِ بِمَا أَخَذَ مِنَ الْمُتَلَفِ لِيَنْحَطَّ عَنْهُ بِقَدْرِهِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهِ / فِي آفَاتِ السَّمَاءِ، وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ مَا لَحِقَهُ مِنَ الْأَدَمِيِّينَ لَمْ يَأْخُذْ لَهُ عَوَضًا فَعَلِيهِ تَعْرِيفُ الشَّفِيعِ لِيُطَالِبَ الشَّفِيعُ إِذَا اسْتَوْفَى مِنْهُ الثَّمَنَ مَنْ لَهُ عَلَيْهِ حَقٌّ^(١)؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ، وَهَذَا مَعْنَى مُحْتَمِلٌ.

* وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ الْمَزْنِيُّ مِنْ بَيْعِ الْمَرَابَحَةِ = فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَابَحَةً حَتَّى يُعَرِّفَهُ صُورَةَ الْقِصَّةِ مِنْ ذَهَابِ الْبَعْضِ وَبَقَاءِ الْبَعْضِ، فَأَمَّا أَنْ يَكُونَ يَكْتُمُهُ ذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ، وَإِنْ كَتَمَهُ ثُمَّ وَقَفَ عَلَيْهِ وَكَانَ قَدْ ذَهَبَ مِنَ الْأَصْلِ بَعْضُهُ فَلَهُ الْخِيَارُ فِي ذَلِكَ، إِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ، وَإِنْ شَاءَ قَبِلَهُ، إِمَّا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، أَوْ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، إِلَّا مَا كَانَ مَجْرَاهُ مَجْرَى الْعُيُوبِ مَعَ بَقَاءِ الْأَصْلِ، فَيَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ يَرُدَّ قَوْلًا وَاحِدًا^(٢)، وَكَيْفَمَا جَرَتْ الْقِصَّةُ فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَابَحَةً حَتَّى يُعَرِّفَهُ صُورَةَ الْأَمْرِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غُرُورٌ.

وَأَمَّا أَمْرُ الشَّفْعَةِ فَالشَّفِيعُ شَرِيكٌ فِيهِ، عَارِفٌ بِمَا جَرَى بَعْدَ شِرَائِهِ، وَمَعْرِفَتُهُ بِهِ تُغْنِيهِ عَنْ تَعْرِيفِهِ، فَلِذَلِكَ اسْتَعْنَى عَنْ تَعْرِيفِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشَّفِيعُ غَائِبًا^(٣) عَنِ الْمَوْضِعِ، غَيْرَ عَارِفٍ بِمَا جَرَى، فَلَا بُدَّ لِلْمُشْتَرِي مِنْ تَعْرِيفِهِ مَا جَرَى مِنَ النَّقْصِ فِيهِ، لِيَكُونَ هُوَ النَّاطِرُ فِي أَمْرِهِ فَيَأْخُذَ أَوْ يَدَعَ، فَإِنْ تَرَكَ تَعْرِيفَهُ وَلَمْ يَعْرِفِ الشَّفِيعُ مَا جَرَى بَعْدَ شِرَائِهِ حَتَّى أَخَذَهُ ثُمَّ وَقَفَ عَلَيْهِ فَلَهُ مِنَ الْخِيَارِ فِي ذَلِكَ مَا لِلْمُشْتَرِي، إِنْ شَاءَ رَدُّهُ وَاسْتَرْجَاعَ الْمَالِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ ثُمَّ يَكُونُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ / اللَّذَيْنِ فِي الشَّرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



(٢) فِي الْأَصْلِ: «قَوْلٌ وَاحِدٌ».

(١) فِي الْأَصْلِ: «حَقًّا».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «غَائِبٌ».

كِتَابُ الْفَرَائِضِ

مسألة الجد

(٢١)

قال المزني: اختلف أهل العلم في الجدِّ.

فقال أبو بكر وعائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وابنُ عمر وابنُ عباس وابنُ الزُّبَيْر والحسنُ البصريُّ: «الجدُّ بمنزلة الأب»، وَحَجَّبُوا به الإخوة، وَأَخَذَ بذلك أبو حنيفة.

وقال عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «الجدُّ أبٌ»، ثُمَّ رَجَعَ. وكذلك عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «الجدُّ أبٌ»، ثُمَّ رَجَعَ.

وقال عمرُ وعليُّ وعثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وزيدُ وابنُ مسعودٍ: «يَرِثُ الإخوةُ مع الجدِّ»، وانتهى به عليُّ في مُقَاسَمَةِ الإخوةِ إلى السُّدُسِ، ولم يَنْقُصْهُ عمرُ وزيدُ مِنَ الثُّلُثِ، وَرَجَعَ عمرُ عن مُقَاسَمَتِهِ إلى السُّدُسِ إلى مُقَاسَمَتِهِ إلى الثُّلُثِ، وَرَجَعَ عليُّ عن مُقَاسَمَتِهِ إلى الثُّلُثِ إلى مُقَاسَمَتِهِ إلى السُّدُسِ، وَرَجَعَ عمرُ وابنُ مسعودٍ عن مُقَاسَمَتِهِ إلى السُّدُسِ إلى قولِ زيدٍ في مُقَاسَمَتِهِ إلى الثُّلُثِ.

وقال مالك والشافعي بقول زيد^(١).

(١) انظر مذاهب السلف في مسألة الجد مع الإخوة «المصنف» لعبد الرزاق «باب فرض الجد» (٨/ ٣٤٩ التأصيل = الطبعة الثانية) و«المصنف» لابن أبي شيبة باب «في الجد من جعله أباً» (١٦/ ٢٦٢) وباب «إذا ترك إخوة وجدا واختلافهم فيه» (١٦/ ٢٦٧ ط دار القبلة) و«مختصر اختلاف العلماء» للجصاص (المسألة: ٢١٤٣) و«النكت في المختلف» لابن أبي المظفر السمعاني (المسألة: ١٥٥). «الرسالة» للشافعي (الفقرات: ١٧٧٣ - ١٨٠٤) و«المختصر» للمزني (الفقرة: ١٨٠٩).

وسبيل ما اختلفوا فيه من ذلك القياس، وقد أجمعوا أن الأب يحجب الإخوة من الأم، وأن الجد كذلك يحجبهم، فقضى إجماعهم في مساواة الجد الأب في حجب الإخوة للأم على مساواة الجد الأب في حجب جميع الإخوة.

ولما كان ابن ابني في معنى ابني يحجب إخوتي كنت في معنى أبيه أحجب إخوته، ولا يجوز أن يكون ولدي ولا أكون والدته والمعنى واحد، ولو جاز أن يكون في معنى / ولدي يحجب إخوتي ولا أكون في معنى أبيه أحجب إخوته جاز (١ / ٧٧) أن أكون في معنى والده أحجب إخوته ولا يكون في معنى ولدي يحجب إخوتي، ولا يقول بهذا من يعلم.

وأجمعوا أن للأب السدس، وما بقي فللابن، وكذلك أجمعوا في ابن وجد أن للجد السدس وما بقي فللابن، فأقاموا الجد في ذلك مقام الأب، ولم يحجبه الابن عن السدس كما لم يحجب الأب عن السدس، ولو كان مكان الجد مع الابن أخا حجبه الابن، فمعنى الجد فيما حجبا به وأعطوه من الميراث في ذلك معنى الأب، وليس معناه في ذلك معنى الأخ، ولو كان معناه معنى الأخ حجبه الابن كما حجبه الأخ، فلما حجبه الابن الأخ ولم يحجب الأب ولم يحجب الجد وأعطوا الجد ما أعطوا الأب وصيروا معناه معنى الأب فكيف لا يرث الأخ مع الابن ويرث مع الجد ومعنى الجد في ذلك معنى الأب؟ ولو كان معنى الجد معنى الأخ لورث الأخ مع الابن كما ورث الجد مع الابن، ولحجب الإخوة للأم كما حجبتهم الجد، ولا يقول بهذا أحد يعلم.

والجد عصبه، والإخوة عصبه، فلا يخلو من أن يكون معنى الجد في الميراث معناه، يُشارِكهم كأحدهم، أو يكون أقرب منهم، فيكون له الميراث دونهم، فلو كان معناه معناه كأحدهم قاسموا قاسموا فأخذ العشر مع تسعة، ولا يقول به عالم، ولما بطل أن يكون كهم، وفضلوه بالأكثر عليهم، ولم يحجبه / بالابن وحجبه بهم به، (٧٧ / ب)

وأعطوه مع الابنِ السُّدُسَ كالأبِ ولم يُعطوهم = لم يَجُزْ أن يكونَ إِلَّا أَقْعَدَ منهم وأوَّلَى أن يَحْجُبَهُم، فله الميراثُ دُونَهُم.

ولَمَّا كان الأخُ للأبِ والأمُّ عَصَبَةً، والأخُ للأبِ عَصَبَةً، فَحَجَبَ الأخُ للأبِ والأمُّ الأخُ للأبِ لَأَنَّهُ أَقْرَبُ، فَكَذَلِكَ الْجَدُّ يَحْجُبُ لَأَنَّهُ أَقْرَبُ.

وقد أَشْبَهَ الْجَدُّ الأبَ في معانيي ليس للأخ منها شيءٌ:

منها: أَنَّهُ يُسَمَّى: «أَبٌ» كالأبِ، وليس ذلك للأخ.

ومنها: أَنَّهُ له مع الابنِ السُّدُسَ كالأبِ، وليس ذلك للأخ.

ومنها: أَنَّهُ حَجَبَ الإخوةَ للأمِّ كالأبِ، وليس ذلك للأخ.

ومنها: أَنَّهُ لَا يَنْقُصُ مِنَ السُّدُسِ إِذَا كَثُرَتْ عَلَيْهِ الْفَرَائِضُ كالأبِ، وليس ذلك للأخ.

فَكَذَلِكَ لَهُ الْمِيرَاثُ دُونَ الأخِ كالأبِ.

فإن قيل: فَأَنْتَ تَجْعَلُ لِلزَّوْجِ النِّصْفَ، وللأمِّ ثُلُثَ مَا يَبْقَى، وما يَبْقَى فَلِلأبِ، ولو كان مكانَ الأبِ جَدُّ^(١) أَكْمَلْتَ لِلأمِّ الثُّلُثَ، وما بَقِيَ فَلِلْجَدِّ، فقد خالفتَ بينه وبين الأبِ = قيل: هو بمنزلةِ الأبِ في الموارِيثِ وَالْحَجَبِ، وليس بمنزلةِ الأبِ في الْقُرْبِ؛ لَأَنَّ الأمَّ والدَّةَ، والأبُ والدٌّ في درجَتِها وبإِزائِها، فكان ما بَقِيَ بينهما، لِلأمِّ الثُّلُثُ مما بَقِيَ، وما بَقِيَ فَلِلأبِ؛ لَأَنَّ اللَّهَ جَلَّ ذِكْرُهُ حَكَمَ لِلْقَرَابَةِ إِذَا اعْتَدَلُوا وَلَمْ يَكُنْ غَيْرُهُم لِلذِّكْرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ، فَلَمَّا بَعُدَ الْجَدُّ عَنْ دَرَجَةِ الأمِّ وَالأبِ كَانَتْ الأمُّ أَقْرَبَ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ، وللأمِّ الثُّلُثُ كَمَلَا^(٢)، وما بَقِيَ فَلِلْجَدِّ، كما يكونُ

(١) في الأصل: «جَدُّ».

(٢) يقال: «أَعْطَيْتَهُ الْمَالَ كَمَلًا» بفتحِ تينِ أَي: كاملاً وافياً. قال الليث: هكذا يتكلم به، وهو سواءٌ في الجمع والوحدان، وليس بمصدر ولا نعت، إنما هو كقولك: «أَعْطَيْتَهُ الْمَالَ الْجَمِيعَ». انظر «المصباح المنير».

(١ / ٧٨) فرض الابن والابنت للذكر / مثل حظ الأنثيين؛ لأنهما في درجة واحدة، ولو كانت ابنت وابن ابن أكملت للابنت النصف؛ لأنها أقرب، وبُعْد ابن الابن عن درجتها، فلم يكن له ضعف نصيبها، فكان لابن الابن ما بقي، كما بُعِد الجد عن درجة الأم، فأُكْمِل لها الثلث، وما بقي فللجد، فإذا لم تكن ابنت انفرد ابن الابن فكان كالابن له ما للابن، كان كذلك إذا لم يكن أب انفرد الجد فكان كالأب له ما للأب، وكذلك يَحْجُب الإخوة والأخوات بمعنى الأب، والقياسُ عندي على ما أجمعوا عليه ما قال أبو بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَمَنْ قال بقوله، وبالله التوفيق.

فإن احتج أصحاب الشافعي بما احتج به لهم من قوله^(١): الجد والأخ يُدليان بقرابة أبي الميت، فالجد يقول: أنا أبو أبي الميت، فلو كان الذي يُدليان بقرابته هو الميت كان الجد أباه والأخ ابنه، فكان للأب السدس وللابن خمسة أسداس، فلمَّا أجمعوا على إعطاء الجد النصف^(٢) صرنا إلى ترك القياس فجعلناه إجماعاً = يقال لهم وبالله التوفيق: لو كان كذلك للزم ذلك في ابن أخ وحده، وذلك أنهما يُدليان بقرابة أبي الميت كما يُدلي الجد والأخ، فالجد يقول: أنا أبو أبي الميت، ويقول ابن الأخ: أنا ابن ابن أبي الميت، فلو كان الذي يُدليان بقرابته هو الميت / كان للأب السدس (٧٨ / ب) ولابن الابن خمسة أسداس؛ لأنه لا فرق بين الأخ في ذلك وبين ابن الأخ من جهة البُنوَّة والأبوة لو كان الذي يُدليان بقرابته هو الميت، فاجعلوا الجد جامع^(٣) ابن ابن أخ الميت كما جعلتموه مع الأخ إذ كان معناكم في الأخ وابن الأخ مع الجد فيمن يُدليان بقرابته لو مات لكان هو الموروث، فلمَّا بطل هذا المعنى بإجماع وأعطيت الجد المال دون ابن الأخ بإجماع بطل معناكم قياساً على إبطال نظيره بإجماع.

(١) انظر «الرسالة» للشافعي (الفقرة: ١٧٩١). (٢) كذا في الأصل، وكتب فوقه وبهامشه: «صح».

(٣) في الأصل: «فجعلوا»، وكتبت الألف عقب كلمة: «الجد»، ليكون السياق: «فجعلوا الجد جامع».

وما نِسْبَةُ الْأُخُوَّةِ مِنَ الْأَبُوَّةِ وَالْبُنُوَّةِ؟ جَدِّي وَالِدٌ، وَأَنَا وَلَدٌ، وَأَخِي لَيْسَ بِوَالِدٍ وَلَا
 أَنَالَهُ وَلَدٌ، وَأَبِي وَالِدِي، وَجَدِّي وَالِدُ أَبِي، وَأَنَا وَلَدْتُ ابْنِي، فَأَبْنِي مِنِّي، وَأَنَا مِنْ
 أَبِي، وَأَخِي مِنْ غَيْرِي، وَلَسْتُ مِنْهُ وَلَيْسَ مِنِّي، فَأَيْنَ الْأُخُوَّةُ مِنَ الْأَبُوَّةِ وَالْبُنُوَّةِ؟ فَلَا
 مَعْنَى لِقَوْلِكُمْ فِي دَلَالَةِ أَمْرِ الْجَدِّ وَالْأَخِ لَوْ مَاتَ الَّذِي يُذَلِّلَانِ بِقَرَابَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَاتَ
 صَارَ الْوَارِثُ ابْنٌ وَأَبٌ، وَلَا مِيرَاثَ مَعَهُمَا لِأَخٍ، فَأَيْنَ الْأَخُ مِنَ الْجَدِّ؟

وَلَوْ لَمْ يُؤْخَذْ إِلَّا مِنْ قَوْلِكُمْ اكْتَفَيْنَا بِذَلِكَ عَلَيْكُمْ فِي كَسْرِ مَقَالَتِكُمْ.

زَعَمْتُمْ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُنَكِّحَ الْبَكَرَ الصَّغِيرَةَ إِلَّا الْأَبُ، ثُمَّ جَعَلْتُمْ ذَلِكَ لِلْجَدِّ
 فَأَوْقَعْتُمُوهُ، وَلَمْ تَجْعَلُوا ذَلِكَ لِلْأَخِ.

وَقُلْتُمْ: لَا وِلَايَةَ لِأَحَدٍ مَعَ الْأَبِ، فَإِذَا مَاتَ فَالْجَدُّ، فَإِذَا مَاتَ فَأَبُو الْجَدِّ؛ لِأَنَّ
 كُلَّهُمْ أَبٌ، فَجَعَلْتُمْ مَعْنَى الْجَدِّ وَأَبِ الْجَدِّ فِي مَعْنَى الْأَبِ، وَلَمْ تَجْعَلُوا ذَلِكَ لِلْأَخِ.
 وَقُلْتُمْ: مَنْ مَلَكَ أَبَاهُ أَوْ جَدَّهُ / وَإِنْ بَعْدَ عَتَقَ عَلَيْهِ، وَإِنْ مَلَكَ أَخَاهُ ثَبَتَ مِلْكُهُ
 عَلَيْهِ، فَحَكَمْتُمْ لِلْجَدِّ وَأَبِي الْجَدِّ فِي ذَلِكَ بِحَكْمِ الْأَبِ، وَلَمْ تَحْكُمُوا بِذَلِكَ لِلْأَخِ.
 وَقُلْتُمْ^(١): أَحَقُّ الْأَوْلِيَاءِ بِالصَّلَاةِ عَلَى الْمَيِّتِ الْأَبُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبٌ فَالْجَدُّ، وَلَا
 وِلَايَةَ لِلْأَخِ مَعَ الْجَدِّ.

وَقُلْتُمْ: تُعْطَى الْكَفَّارَةُ وَالزَّكَاةُ مَنْ لَا تَلْزَمُهُ النِّفَقَةُ عَلَيْهِ مِنْ قَرَابَتِهِ، وَهُمْ مَنْ عَدَا
 الْوَالِدَ وَالْوَلَدَ، فَجَعَلْتُمْ الْجَدَّ فِي ذَلِكَ كَالْأَبِ، وَلَمْ تَجْعَلُوا ذَلِكَ لِلْأَخِ.
 وَأَبْطَلْتُمْ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَقَاوِيلِكُمْ مَا اعْتَلَلْتُمْ بِهِ فِيمَنْ يُذَلِّلَانِ بِقَرَابَتِهِ.

فَتَفَهَّمُوهُ^(٢) وَهَذَا الْاِحْتِيَاظُ فَافْهَمُوهُ، وَدَعُّوا الْمِرَاءَ، وَفَقْنَا اللَّهَ وَإِيَّاكُمْ لِمَا يُحِبُّ
 وَيَرْضَى.

(١) فِي الْأَصْلِ: «فَقُلْتُمْ».

(٢) رَسَمُ الْأَصْلِ: «فَتَفَهَّمُوهُ».

قال أبو إسحاق:

الاجواب

إنَّ الكلامَ في هذه المسألة من وجهين:

أحدهما: أنَّ الجدَّ أبٌ اسمًا فأعطوه بالاسم الذي أُعطي به الأب، كما أنَّ ولدَ الولدِ ولدٌ أُعطي بالاسم الذي يُعطى به الابن، على تأويل قوله عزَّ وجلَّ: ﴿أَيُّكُمْ ابْنُ إِسْرَافِيلَ﴾ [الحج: ٧٨].

والثاني من الوجهين: أنَّ الجدَّ لا يقع عليه اسمُ أبٍ في الإطلاق، وإنما يُقدَّم على الإخوة من جهة المعنى وللدلائل الأصول، لا من جهة الاسم.

ولكلِّ واحدٍ من المذهبين طريقٌ يُتوصَّلُ به إلى الاحتجاج على أهله، ويلزَمُ كلُّ واحدٍ من أهل المذهبين ما لا يلزَمُ الآخر.

وأبو إبراهيم رحمه الله فلم يقصد إلى أحد المذهبين فنصره، وخلط كلامه، فمرة عبَّر عنه بأنَّه أبٌ، ومرة عبَّر عنه بأنَّ حكمه حكمُ الأب، وحكمنا له بأنَّه / في معنى (٧٩ / ب) الأب في أحكامه ليس بحكمٍ مِنَّا بأنَّه أبٌ، والأغلب على كلام المزي أنَّه حكم له بحكم الأب من جهة المعنى ومن دلائل الأصول.

والجدُّ وإن حكم له بحكم الأب في مواضع فقد ينقص عن مرتبة الأب في مواضع، فإن جاز لأبي إبراهيم أن يستشهد بالمواضع التي حكمه فيها حكمُ الأب في تقديمه على الإخوة جاز لمن خالفه أن يستشهد بالمواضع التي تنقص مرتبته فيها عن الأب في التسوية بينه وبين الإخوة، إذ ليس إلاَّ أحد مذهبين: إمَّا تقديم الجدِّ، وإمَّا الاشتراك، فأما تقديم الإخوة فباطل بإجماع.

وقد تجد الجدة قد تُساوي الأمَّ في أحكام: أحدها: أن لا تنقص من السُّدس،

وَأَنَّ أَهْلَ الْفِرَاطِ وَإِنْ كَثُرُوا لَا يَحْجُبُوهَا كَمَا لَا يَحْجُبُوهَا الْأُمُّ، وَحُكِمَ لَهَا فِي ذَلِكَ بِحُكْمِ الْأُمِّ، وَلَمْ يَدُلْ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهَا مِثْلُ الْأُمِّ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ، وَلَا فِي اسْتِحْقَاقِ الثُّلُثِ مَعَ الْأَبِ، بَلْ لَا تُسَاوِي الْأُمُّ فِي مِيرَاثِهَا مَعَ الْأَبِ وَتُسَاوِيهَا فِي الْمَعَانِي الَّتِي ذَكَرْنَا، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ لَيْسَ كُلُّ مَنْ سَاوَى إِنْسَانًا فِي حُكْمٍ أَوْ حُكْمٍ لَهُ بِحُكْمِهِ وَجَبَ أَنْ يُلْحَقَهُ اسْمُهُ وَلَا أَنْ يُحْكَمَ لَهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ بِحُكْمِهِ، فَالْجَدُّ مَعَ الْأَبِ مَحَلُّ الْجَدَّةِ مَعَ الْأُمِّ، فَلَوْ كَانَ الْجَدُّ أَبًا أَوْ يَسْتَحِقُّ مَا يَسْتَحِقُّهُ الْأَبُ لَكَانَتِ الْجَدَّةُ أُمًّا أَوْ تَسْتَحِقُّ مَا تَسْتَحِقُّهُ الْأُمُّ، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي الْجَدَّةِ سَاقِطًا بِاتِّفَاقٍ وَهِيَ مِنْ / جِهَةِ الْأُمِّ كَالْجَدِّ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ فَكَذَلِكَ الْجَدُّ وَإِنْ^(١) كَانَ مَقَامُهُ مَقَامَ الْأَبِ فِي الْمَعَانِي الَّتِي ذُكِرَ لَيْسَ بِدَلِيلٍ عَلَى حَجْبِ الْإِخْوَةِ وَلَا أَنَّ مَعْنَاهُ مَعْنَى الْأَبِ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ، فَالْقِيَاسُ فِي ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَنَحْنُ نَذْكُرُ ذَلِكَ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي تَكَلَّمْنَا فِيهِ الْمَزْنِيُّ.

* وَأَمَّا اغْتِلَالُهُ بِأَنَّهُ يَحْجُبُ بَنِي الْأُمِّ، وَأَنَّهُ يُفَرِّضُ لَهُ مَعَ الْوَلَدِ السُّدُسَ، وَلَا يَرِثُ الْإِخْوَةَ مَعَ الْوَلَدِ = فَيُقَالُ لَهُ: قَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ فِي زَوْجِ وَأَبَوَيْنِ، فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لِلْأُمِّ الثُّلُثُ. وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لِلْأُمِّ ثُلُثٌ مَا بَقِيَ. وَلَمْ يَقُلْ أَحَدٌ مِنْهُمْ فِي جَدَّةٍ وَأَبٍ وَزَوْجٍ أَنَّ لِلْجَدَّةِ ثُلُثًا مَا بَقِيَ، وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي أَمْرِهَا، وَوَأَفَقَهُمْ مَنْ خَالَفَهُمْ فِي الْجَدِّ أَنَّ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ، وَلَوْ كَانَتِ الْجَدَّةُ أُمًّا لَوَجَبَ لَهَا مَا وَجَبَ لِلْأُمِّ، وَفِي اتِّفَاقِهِمْ عَلَى ذَلِكَ مَا يَوْجِبُ أَنَّ الْجَدَّةَ لَيْسَتْ بِأُمٍّ، وَلَا حُكْمُهَا حُكْمُهَا، وَإِنَّمَا تُسَمَّى أُمًّا اتِّسَاعًا، وَإِذَا لَمْ تَكُنِ الْجَدَّةُ أُمًّا فَكَذَلِكَ الْجَدُّ لَيْسَ بِأَبٍ، وَلَوْ قَامَ الْجَدُّ مَقَامَ الْأَبِ فِي جَمِيعِ أَحْوَالِهِ فِي بَابِ الْمَوَارِيثِ لَقَامَتِ الْجَدَّةُ مَقَامَ الْأُمِّ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «فَإِنْ». ثُمَّ حَوْلَ إِلَى الْمُبْتَدَأِ.

وكذلك أجمعوا على أنَّ للأمِّ الثلثَ كَمَلاً مع زوجٍ وجَدٍّ، ولو كان الجدُّ أباً
 لكان الكلامُ فيه كالكلامِ في الأب؛ وفي اتِّفاقهم على ذلك ما يدلُّ على أنَّ له حكمَ
 الأبِ تارةً، ويَنقُصُ حكمه عن حكمِ / الأبِ تارةً.

(٨٠ / ب)

وإذا كان كذلك احتيجَ في أمرِ ميراثه مع الإخوةِ مِنَ الأبِ أن يُرجَعَ إلى الأصولِ،
 فإن أوجبَتْ إلحاقه بالأبِ في حجبِ الإخوةِ حُكِمَ له بحُكمه، وإن أوجبَ أن تَنقُصَ
 مرتبته عن ذلك لم يَحُجَبْ، والاعتلالُ بأنَّه قد حُكِمَ له في موضعٍ بحكمِ الأبِ إذا
 صَحَّ أنَّه قد حُكِمَ له في مواضعٍ بِنُقْصَانِهِ عن مرتبةِ الأبِ ساقطةٌ لا تُلْزَمُ، إلَّا أن يكونَ
 المعنى يُوجبُ إلحاقه بالحكمِ الذي حُكِمَ فيه حكمُ الأبِ فيُلْحَقُ به مِنْ جِهَةِ المعنى.
 وإذا رُجِعَ إلى المعنى كان القياسُ ما قاله الشافعيُّ مِنْ أنَّ الجدَّ يقولُ: أنا
 أبو أبي الميت، والأخُ يقولُ: أنا ابنُ أبي الميت، فلو كان الميتُ الأبَ لكان ابنه
 أولى بأكثرِ المالِ وأولى بالتَّعْصِيبِ، فلو حُمِلَ الأمرُ فيه على القياسِ لأُعْطِيَ الجدُّ
 السدسَ والإخوةُ الباقي، ولكن لَمَّا اتَّفَقَ الجميعُ على أنَّ الجدَّ مع الأخِ لا يُنْقَصُ
 مِنَ النصفِ لم يكن للقياسِ مَدْخَلٌ مع الإجماعِ، وسبيلُ ما أُجْمِعَ عليه أن لا
 يُلْتَفَتَ فيه إلى القياسِ كما لا يُلْتَفَتُ إليه مع النَّصِّ، وسبيلُ ما اختلفَ فيه أن يُرجَعَ
 إلى القياسِ، فَلَمَّا اختلفوا في تَقْدِيمِهِ على الأخِ كان للقياسِ في ذلك مَدْخَلٌ^(١)،
 فلم نُقدِّمه عليه واستَعْمَلْنَا القياسَ، ولو وقع الاتِّفاقُ في مِقْدَارِ ما يأخُذُ بخلافِ ما
 يُوجبُه القياسُ لم يُسْتَعْمَلِ القياسُ.

* وما ذكره المزيُّ مِنْ أمرِ بني الأخِ = فالقياسُ ما ذكره مِنْ / مُشَارَكَتِهِمُ الجدَّ
 لولا الإجماعُ، ولكن لَمَّا اتَّفَقُوا على أن لا مدخلَ لهم مع الجدِّ سَلَّمْنَا ذلك

(٨١ / أ)

(١) في الأصل: «مدخلا».

للإجماع، ألا ترى أن الشافعي رحمه الله لما لم يعرف في أمر الولاء من الإجماع ما عرفه في الميراث من جهة النسب قدم الأخ على الجد في أحد قوليه وقدم ولد الأخ على الجد، فاستعمل القياس مع عدم الإجماع، وباب الميراث من جهة النسب لما وقع فيه إجماع انقطع الكلام فيه من جهة القياس.

ولو كان الجد أباً أو حكمه حكم الأب لكان حكم ولده حكم ولد الأب، فلما اتفق الجميع على أن حكم ولده مخالف^(١) لحكم ولد الأب كان ذلك دليلاً واضحاً أن حكمه بخلاف حكم الأب؛ ألا ترى أن ولد الأب - وهم الإخوة والأخوات - يتشاركون في المال للذكر مثل حظ الأنثيين، وترث الأنثى بانفرادها دون الذكر، ولم يقل أحد في ولد الجد إن الذكور والإناث يتشاركوا في المال، بل قالوا كلهم: إن العم يرث دون العمّة، والعمّة بانفرادها لا سهم لها ولا ميراث، وللأخت منفردة سهم ثابت، وذلك دليل على أن الجد ليس بأب ولا قوته قوة الأب؛ لأنه لو كان أباً أو قوته قوة الأب لكان قوة ولده كقوة ولد الأب، وفي تفرقة الجميع بين ولديهما ما يوجب التفرقة بينهما.

(٨١/ ب) وبهذا / يبطل اعتلال من يقول: «أما يتقي الله زيد، يجعل ابن ابن ابناً، ولا يجعل أباً^(٢) الأب أباً». فيقال لهم: إذا جعلتم أباً^(٣) الأب أباً فاجعلوا ولد أب الأب كولد الأب، فإن فرقتم بينهما فالسؤال عليكم كالسؤال علينا، والله أعلم.

قال أبو إسحاق: وجملته الكلام في أمر الجد مع الإخوة أن من قدم الجد على الإخوة لا يخلو قوله من أحد وجهين: إما أن يكون قدمه بالاسم، أو بالمعنى.

(٢) في الأصل: «أبو».

(١) في الأصل: «مخالف».

(٣) في الأصل: «أبو».

فإن قالوا: أقمناه مقامه من جهة الاسم لزمهم في ذلك أشياء، أحدها: ما ذكرنا من أن الجدة تكون أمًا، وتُعطى بالاسم كما تُعطى الأم مع عدم الأم، وتُعطى الثلث مع الأب، وقول أبي بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ للجدة بحضرة جماعة أصحاب النبي صلى الله عليه: «ما أجْدُ لك في كتاب الله شيئًا» = دليل على أن ليس اسمها اسم الأم، فكَذلك الجدُّ ليس اسمه اسم الأب، وإنما يُسمَّى أبا اتساعًا، فأما الإطلاق فلا يُوجب ذلك، ولمعاني نحن نذكرها في إبطال أن يكون اسمه اسم أب.

وإن كانوا قدّموه على الإخوة من جهة المعنى فالمعنى الصحيح هو الذي قاله الشافعي: إنَّ الجدَّ يُدلي بأبيه كما يُدلي الأخُّ بأبيه، فقرابتهما جميعًا بأبي الميت، وبه يُدليان، فلو كان الأب هو الميت لكان ابنه أقرب إليه من أبيه وأولى بأكثر المال، فإذا كان أولاهما به هو الابن وجب أن / يُخصَّ الأخُّ بأكثر المال من جهة القياس؛ لأنَّ ابنُ الأب كما كان مع الأب الذي يُدلي به، لأنَّ الأخ يقول للجدِّ: أنا آخذُ أكثر منك إذا مات ابنك، وأنا أولى بالتعصيب، فكذلك مع ابن ابنك، لأنني إلى ابنك أقرب منك إلى ابن ابنك، فإذا كنت أقوى منك مع ابنك الذي إليك أقرب وهو وَلَدُكَ لَصْلَبِكَ كنت أقوى منك مع وَلَدِ وَلَدِكَ الذي هو أبعد منك. وهذا الذي قاله الشافعي هو القياس الصحيح.

فإن قيل: فلم لم تفعلوا ذلك في الأخ فأعطيتُموه خمسة أسداس المال، ولم تفعلوا في توريث ولد الأخ مع الجدِّ إذا كان القياس يُوجبُه؟ = قيل: لا مدخل مع الإجماع، ولولا الإجماع في أن الجدَّ لا يُنقص من نصف المال لما أعطيناه إلا سُدُسَ المالِ وجعلنا الباقي للأخ، ولورثنا^(١) وَلَدَ الأخ معه كما ورثناه من ابنه

(١) في الأصل: «ولو ورثنا»، ثم ضرب على الواو ليصير: «ولورثنا».

معه، ولكن لا مَدْخَلَ للقياسِ مع الإجماعِ، لأنَّ الإجماعَ رُبُّمَا وقع موافقًا للقياسِ ورُبُّمَا وقع مخالفًا له، كما يَأْتِي النَّصُّ مُوَافِقًا للقياسِ تارةً ومُخَالَفًا له تارةً، ولا مَدْخَلَ للقياسِ مع النَّصِّ، وكذلك الإجماعُ أَقْوَى مِنَ القياسِ، ولا مَدْخَلَ للقياسِ معه إذا خالف الإجماعُ القياسَ.

فإن قيل: إنَّ القياسَ ما قاله ابنُ عباسٍ: «أَمَّا يَتَّقِي اللهُ زَيْدٌ، يَجْعَلُ ابنَ الابنِ ابْنًا، ولا يَجْعَلُ أَبَا / الأبِ أَبًا». وهذا هو القياسُ، لا ما قاله الشافعيُّ = فالجواب: (ب / ٨٢)

إنَّ قياسَ زَيْدِ بنِ ثَابِتٍ في الفرقِ بينِ ابْنِ الأبِ وبينِ ابْنِ الابنِ أَصَحُّ مِنْ قياسِ ابْنِ عباسٍ؛ لأنَّه لو كان الأمرُ كما ذكره ابنُ عباسٍ مِنْ أَنَّ الجَدَّ أَبٌ كما أَنَّ وَلَدَ الولدِ وَلَدٌ لكانَ وَلَدُ الجَدِّ كَوَلَدِ الأبِ، وَلَحُكْمَ لَهُمْ بِحُكْمِهِمْ، وولَدُ الأبِ يَرِثُ نساؤُهُمْ مُنْفَرِدَاتٍ، وَيَرِثُ نساؤُهُمْ مع رجالِهِم بالتَّعْصِيبِ، فَيَأْخُذْنَ بالتَّسْمِيَةِ تارةً وبالتَّعْصِيبِ تارةً، ولا يَسْقُطُ مِنْهُنَّ أَحَدٌ، وولَدُ الجَدِّ يَرِثُ الرجالَ دونَ النساءِ، وَيَرِثُونَ ولا يَرِثُونَ بالتَّسْمِيَةِ؛ لأنَّ إناثَهُمْ إذا انفَرَدْنَ لا يَأْخُذْنَ بالتَّسْمِيَةِ شَيْئًا، وإذا كانَ مَعَهُنَّ إِخْوَتُهُنَّ لَمْ يَرِثْنَ بالتَّعْصِيبِ مع الإخوةِ شَيْئًا، وذلكَ دَلِيلٌ على أَنَّ الجَدَّ ليسَ بِأبٍ ولا حُكْمُهُ حُكْمُ الأبِ؛ لأنَّه لو كانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الأبِ لكانَ حُكْمُ وَلَدِهِ حُكْمَ وَلَدِ الأبِ، وفي اتِّفَاقِ الجميعِ على اخْتِلَافِ حُكْمِ أولادِهِم دَلِيلٌ على اخْتِلَافِ حُكْمِهِمْ في أَنْفُسِهِمْ، ولو كانَ الجَدُّ يَسْتَحِقُّ بالاسمِ الَّذي يَسْتَحِقُّ بِهِ الأبُ لكانَ اسْمُ وَلَدِهِ اسْمُ وَلَدِ الأبِ؛ لأنَّ اللهَ عَزَّوَجَلَّ سَمَّى وَلَدَ الأبِ أَخًا، فلو كانَ الجَدُّ أَبًا لكانَ اسْمُ وَلَدِهِ إِخْوَةً، فَلَمَّا اخْتَلَفَ اسْمُ أولادِهِ دَلَّ ذلكَ على اخْتِلَافِ اسْمَيْهِمَا، وذلكَ دَلِيلٌ على صِحَّةِ ما قاله الشافعيُّ.

فإن قيل: قد سَمَّى اللهُ الجَدَّ أَبًا فقال: ﴿وَمِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨] = قيل: هذا على الاستعارة، كما سَمَّى العَمُّ أَبًا / على الاستعارة، لا على التَّحْقِيقِ، وقد (١ / ٨٣)

سَمَّى الله تعالى النبي صلى الله عليه أبا، وسَمَّى أزواجه أمهات، وليس ذلك إلا على الاستعارة والاتساع، وقد تُسَمَّى الناقةُ أُمَّ الْعِيَالِ على جهة الاستعارة ولحاجتهم إلى لَبِنِهَا، فكَذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يُسَمَّى الْجَدُّ أَبَا عَلَى مَعْنَى الاستعارة.

ولو كان الأمرُ كما قالوا أَنَّ ذلك على الحقيقة لكان الميِّتُ إِذَا خَلَفَ جَدَّةً وَجَدًّا لكان للجدَّةِ الثُّلُثُ والباقي للجدِّ، كما لو تَرَكَ أَبَوَيْنِ لكان للأُمِّ الثُّلُثُ والباقي للأبِّ، وفي اتِّفَاقِهِمْ على التَّفْرِيقَةِ بَيْنَ الْحُكْمَيْنِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ لَيْسَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْأَبِّ، وَلَا حُكْمُهَا حُكْمُ الْأُمِّ، وَلَا اسْمُهُمَا اسْمُ الْأَبَوَيْنِ، أَلَا تَرَى أَنَّا لَمَّا سَمَّيْنَا وَلَدَ الْوَلَدِ وَلَدًا حَكَمْنَا لَهُ بِحُكْمِهِ مَعَ عَدَمِ الْأَبِّ، فَفَرَضْنَا لِلْأَبِّ مَعَ وَلَدِ الْوَلَدِ الشُّدُسَ كَمَا فَرَضْنَا لَهُ مَعَ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَعْطَاهُ الشُّدُسَ بِالتَّسْمِيَةِ مَعَ وَجُودِ الْوَلَدِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَكَذَلِكَ أَعْطَيْنَاهُ الشُّدُسَ مَعَ ابْنَةِ الْإِبْنِ وَمَعَ ابْنِ الْإِبْنِ؛ لِأَنَّ اسْمَهَا اسْمُ أَبِيهَا، فَحُكْمُهَا حُكْمُهَا، فَلَوْ كَانَ الْجَدُّ اسْمُهُ اسْمَ ابْنِهِ لَفَرَضَ لَهُ مَا فَرَضَ لِابْنِهِ وَلَا سَتَحَقَّ ابْنُهُ لَوْ قُوعِ الْاسْمِ عَلَيْهِ، وَفِي اتِّفَاقِ الْجَمِيعِ عَلَى التَّفْرِيقَةِ بَيْنَ حُكْمِهِ وَبَيْنَ حُكْمِ ابْنِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنَ أَبِي الْأَبِّ وَبَيْنَ ابْنِ الْإِبْنِ، وَأَنَّ الْقِيَاسَ مَا قَالَهُ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَمَنْ / ذَهَبَ مَذْهَبُهُ.

(٨٣ / ب)

وَكَذَلِكَ يَلْزَمُ مَنْ قَالَ: «قَدَّمْتُ الْجَدَّ عَلَى الْإِخْوَةِ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى» أَنْ يُقَالَ: لَيْسَ كُلُّ مَنْ لَحِقَ حُكْمُهُ حُكْمَ غَيْرِهِ فِي مَعْنَى مِنَ الْمَعَانِي وَجَبَ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ حُكْمَهُ فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ لَكَانَ مَنْ أَلْحَقَ مَسْأَلَةً فِي الصَّلَاةِ بِالزَّكَاةِ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى يَلْزَمُهُ أَنْ يُلْحِقَهُ بِالزَّكَاةِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهَا، وَذَلِكَ غَيْرُ لَازِمٍ عِنْدَ الْجَمِيعِ، وَإِذَا بَطَلَ ذَلِكَ صَحَّ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ الْمَعْنَى، فَإِنْ أَوْجَبَ الْمَعْنَى الْجَمْعَ جُمِعَ، وَإِنْ أَوْجَبَ التَّفْرِيقَ فُرِّقَ.

وقد وقع الإجماعُ في الجدِّ من الجمعِ بين حكميه وحكمِ ابنه في مواضعٍ:
منها: أن يُفَرَّضَ له السُّدُسُ ولا يُخَجَّبَ.

ومنهما: أن يَخُجَّبَ وَلَدُ الْأُمِّ، وذلك حكمُ الأبِ.

وَمِنَ الْمَوَاضِعِ مَا فُرِّقَ بَيْنَ حَكْمِهِ وَبَيْنَ حَكْمِ الْأَبِ، مِنْ ذَلِكَ:

زَوْجٌ وَأَبْوَانٌ، وَامْرَأَةٌ وَأَبْوَانٌ، إِذَا كَانَ جَدُّ لَمْ يَقُلْ: إِنَّ لِلْأُمِّ ثُلُثًا مَا يَتَّبِعِي وَالْبَاقِي لِلْجَدِّ.

وَكَذَلِكَ اتَّفَقَ فِي جَدٍّ وَجَدَّةٍ أَنَّ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ، وَلَمْ يَقُلْ أَحَدٌ: إِنَّ لِلْجَدَّةِ الثُّلُثَ.

فَإِذَا كَانَ الِاتِّفَاقُ قَدْ وَقَعَ عَلَى الْجَمْعِ بَيْنَ حَكْمَيْهِمَا فِي مَوْضِعٍ وَعَلَى التَّفْرِيقَةِ بَيْنَ حَكْمَيْهِمَا فِي مَوْضِعٍ فَمَنْ جَعَلَ الْمَزْنِيَّ وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ فِي إِلْحَاقِ الْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ بِالْمَوْضِعِ الَّذِي جَمَعَ بَيْنَ حَكْمَيْهِمَا أَوْلَى مِنْ إِلْحَاقِهِ بِالْمَوْضِعِ الَّذِي فَرَّقَ بَيْنَ حَكْمَيْهِمَا؟

بل الدلائلُ التي ذكرنا تُوجِبُ التَّفْرِيقَةَ، / وهو أن لو كان قُوَّتُهُ مَعَ عَدَمِ الْأَبِ قُوَّةَ
الْأَبِ لَكَانَتْ قُوَّةٌ وَلَدِهِ كَقُوَّةِ وَلَدِ الْأَبِ مَعَ عَدَمِ الْأَبِ، وَلَمَّا^(١) انْفَرَدَ ذُكُورُ وَلَدِهِ
بِالْمِيرَاثِ دُونَ إِنَاثِهِمْ وَلَمْ يَنْفَرِدْ ذُكُورُ وَلَدِ الْأَبِ دُونَ إِنَاثِهِمْ، وَلَأُسْهِمَ لِإِنَاثِ وَلَدِهِ
كَأُسْهِمَ لِإِنَاثِ وَلَدِ الْأَبِ، وَفِي اتِّفَاقِ الْجَمْعِ عَلَى التَّفْرِيقَةِ بَيْنَ حُكْمِ أَوْلَادِهِمْ
دَلِيلٌ عَلَى التَّفْرِيقَةِ بَيْنَ حَكْمِ آبَائِهِمْ؛ لِأَنَّ قُوَّتَهُ عَلَى حَسَبِ قُوَّةِ أَصْلِهِ، فَمَنْ قَوِيَ
أَصْلُهُ قَوِيَ فَرْعُهُ، وَمَنْ ضَعُفَ أَصْلُهُ ضَعُفَ فَرْعُهُ، فَلَوْ لَا ضَعْفُ الْأَصْلِ فِي أَمْرِ
الْجَدِّ لَمَّا ضَعُفَ أَمْرُ وَلَدِهِ، وَلَوْ كَانَتْ قُوَّتُهُ قُوَّةَ الْأَبِ لَقَوِيَ أَمْرُ وَلَدِهِ كَمَا حَصَلَ
ذَلِكَ فِي وَلَدِ الْأَبِ.

(١) رَسَمُ الْأَصْلِ: «فَلَمَّا».

وقد وجدنا الله عزَّ وجلَّ بدأ في التَّعْصِيبِ بالوَلَدِ فقال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ - إلى قوله: - ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]. فلم يُعْطِ الأبُ بالتَّعْصِيبِ إلَّا بعد عَدَمِ الوَلَدِ، وَقَدَّمَ تَعْصِيبَ الوَلَدِ على تَعْصِيبِ الوَالِدِ.

فَلَمَّا قُدِّمَ الوَلَدُ على الوَالِدِ قُدِّمَ وَلَدُ الوَلَدِ أيضًا على وَلَدِ الوَالِدِ، فُجِعِلَ وَلَدُهُ وولَدُ وَلَدِهِ يتوارثون وإن سَفَلُوا، يَرِثُ نَسَاؤُهُم بالتَّسْمِيَةِ، وَيَرِثُ رِجَالُهُم بالتَّعْصِيبِ، وَيَرِثُ رِجَالُهُم مع نَسَائِهِم للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ، وَجُعِلَ ذَلِكَ فِي وَلَدِ الوَلَدِ وولَدِ وَلَدِ الوَلَدِ وإن سَفَلُوا؛ لِقُوَّةِ أَبِيهِمْ، وهو الوَلَدُ.

وَلَمَّا كَانَ سَبِيلُ الوَالِدِ فِي الْأَصْلِ أَنَّهُ أَوْضَعُ مِنَ الوَلَدِ بُدِئَ بَوَلَدِهِ فَأُلْحِقَ بِحُكْمِ وَلَدِهِ فِي الْبَطْنِ الْأَوَّلِ، فَوَرِثَ نَسَاؤُهُم مُفْرَدَاتٍ، وَوَرِثَ رِجَالَهُنَّ بالتَّعْصِيبِ، (٨٤ / ب) وَلَمْ يُحْكَمْ بِذَلِكَ فِي وَلَدِ وَلَدِهِ كَمَا حُكِمَ فِي وَلَدِ الوَلَدِ لَصُلْبِهِ، بَلْ إِذَا سَفَلَ وَلَدُ الْأَبِ سَقَطَ نَسَاؤُهُمْ فَلَمْ يَرِثَنَّ مُفْرَدَاتٍ بِالتَّسْمِيَةِ وَلَا بالتَّعْصِيبِ مع رِجَالَهُنَّ، لِيَكُونَ ذَلِكَ تَفَرُّقًا بَيْنَ وَلَدِ الْأَبِ وَبَيْنَ وَلَدِهِ؛ لِاخْتِلَافِهِمَا فِي الْأَصْلِ فِي الْقُوَّةِ.

فكَذَلِكَ الْجَدُّ لَوْ كَانَ مُحَلُّهُ مِنْ جِهَةِ الْأَسْمِ أَوْ الْمَعْنَى مُحَلُّ الْأَبِ لِحُكْمِ لَوْلَدِهِ بِحُكْمِ وَلَدِ الْأَبِ، فَلَمَّا اتَّفَقَ الْجَمِيعُ عَلَى أَنَّ لَا تَسْمِيَةَ لِإِنَاثٍ وَلَدِهِ وَلَا اشْتِرَاكَ مَعَ إِخْوَتِهِنَّ فِي التَّعْصِيبِ، وَهُوَ حُكْمٌ قَدْ ثَبَتَ لَوْلَدِ الْأَبِ مِنْ صُلْبِهِ = دَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا ضَعُفَ وَلَدُهُ لَضَعْفِهِ، فَكَانَ أَقْوَى الْعَصَبَاتِ الْوَلَدُ، لِقُوَّتِهِ ثَبَتَ ذَلِكَ الْحُكْمُ لَوْلَدِهِ لَصُلْبِهِ وولَدِ وَلَدِهِ أَبَدًا، وَصَارَ حُكْمُ الْأَبِ دُونَهُ فِي الْقُوَّةِ، فَأُلْحِقَ حُكْمُ وَلَدِهِ بِحُكْمِ وَلَدِهِ لَصُلْبِهِ، وَلَمْ يُحْكَمْ لَوْلَدِ وَلَدِ الْأَبِ بِمَا حُكِمَ بِهِ لَوْلَدِ وَلَدِهِ لَصُلْبِهِ؛ لَضَعْفِ الْأَبِ عَنْ مَرْتَبَةِ الْإِبْنِ، وَكَذَلِكَ الْجَدُّ لَمَّا كَانَ أَوْضَعُ مِنَ الْأَبِ وَمِنْ الْإِبْنِ

نَقَصَ حُكْمُ وَلَدِهِ عَنْ مَنْزِلَةِ وَلَدِهِمَا، فَلَمْ يُورَثْ إِنْثًا وَلَدِهِ مِنْ جِهَةِ التَّسْمِيَةِ وَلَا مِنْ جِهَةِ التَّعْصِيبِ، لَا فِي وَلَدِهِ وَلَا وَلَدِ وَلَدِهِ كَمَا حُكِمَ فِي الْوَلَدِ، وَلَا فِي وَلَدِهِ دُونَ وَلَدِ وَلَدِهِ كَمَا حُكِمَ فِي الْأَبِ؛ لِنَقْصِهِ عَنْ مَنْزِلَتِهِمَا جَمِيعًا.

(١ / ٨٥) وعلى ذلك بُنِيَ أَمْرُ الْمَوَارِيثِ، عَلَى أَنَّهُ إِذَا قَوِيَ الْأَصْلُ قَوِيَ فَرْعُهُ، / وَإِذَا ضَعُفَ الْأَصْلُ ضَعُفَ فَرْعُهُ؛ لِأَنَّ سَبِيلَ كُلِّ فَرْعٍ أَنْ يُعْتَبَرَ بِأَصْلِهِ.

وَكَذَلِكَ الْجَدُّ لَمَّا نَقَصَ عَنْ مَرْتَبَةِ الْإِبْنِ وَعَنْ مَرْتَبَةِ الْأَبِ ضَعُفَ وَلَدُهُ فَلَمْ يَلْحَقُوا بِحُكْمِ الْوَلَدِ وَلَا بِحُكْمِ وَلَدِ الْأَبِ، وَأَشْبَهَ أَنْ لَوْ كَانَتْ قُوَّتُهُ كَقُوَّةِ الْأَبِ إِذِ اسْمُهُ اسْمُ الْأَبِ لَكَانَ اسْمُهُ وَلَدِهِ اسْمَ وَلَدِ الْأَبِ أَوْ كَانَتْ قُوَّةُ وَلَدِهِ كَقُوَّةِ وَلَدِ الْأَبِ، وَفِي اتِّفَاقِ الْجَمِيعِ عَلَى التَّفَرُّقَةِ بَيْنَ وَلَدَيْهِمَا دَلِيلٌ عَلَى تَفَرُّقَتِهِمَا فِي أَنْفُسِهِمَا.

وَلَوْلَا ذَلِكَ لَوَرِثَ أَوْلَادُهُ بِالتَّسْمِيَةِ مُنْفَرِدًا تَارَةً وَبِالتَّعْصِيبِ أُخْرَى؛ لِأَنَّ التَّعْصِيبَ يَرِثُ بِهِ الْقَرِيبُ وَالْبَعِيدُ، أَلَا تَرَى أَنَّ حُرْمَةَ الْوَلَاءِ لَمَّا ضَعُفَ لَمْ يُورَثْ بِالْوَلَاءِ بِالتَّسْمِيَةِ، وَإِنَّمَا يُورَثُ بِالتَّعْصِيبِ، وَكَذَلِكَ النَّسَبُ إِذَا تَرَخَى وَبَعْدَ فَإِنَّمَا يُورَثُ بِالتَّعْصِيبِ، وَأَمَّا التَّسْمِيَةُ فِي النَّسَبِ الْبَعِيدِ أَوْ الْوَلَاءِ فَسَاقِطَةٌ، فَلَمَّا وَرِثَ وَلَدُ الْجَدِّ بِالتَّعْصِيبِ دُونَ التَّسْمِيَةِ وَكَانَتِ التَّسْمِيَةُ فِي وَلَدِهِ سَاقِطَةً دَلَّ عَلَى ضَعْفِهِ وَبُعْدِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِنَّمَا بَعْدَ وَلَدُهُ، فَأَمَّا هُوَ فَلَمْ يَبْعُدْ = قِيلَ: لَوْ كَانَ الْأَمْرُ عَلَى مَا ذَكَرْتَهُ لَكَانَ وَلَدُ الْوَلَدِ إِذَا بَعْدُوا سَقَطَتْ تَسْمِيَتُهُمْ، فَلَمَّا اتَّفَقَ الْجَمِيعُ عَلَى ثُبُوتِ التَّسْمِيَةِ لَهُمْ وَأَخَذَهُمْ بِالتَّسْمِيَةِ وَالتَّعْصِيبِ مَعَ تَرَخِي نَسَبِهِمْ دَلَّ عَلَى أَنَّ مَنْ قَوِيَ أَصْلُهُ قَوِيَ فَرْعُهُ وَإِنْ بَعْدُوا، وَإِذَا ضَعُفَ الْأَصْلُ ضَعُفَ الْفَرْعُ وَإِنْ قَرُبُوا.

/ فلإن قيل: إذا صَحَّ أَنَّ حَكَمَ الْجَدِّ حَكَمُ الْأَبِ فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي ذَكَرَ الْمَزْنِيُّ،
 وَصَحَّ أَنَّ حَكَمَهُ مُخَالِفٌ لِحُكْمِ الْأَبِ فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي ذَكَرَتْ، فَمَنْ جَعَلَكَ
 فِي إلْحَاقِكَ الْجَدِّ مَعَ الإِخْوَةِ بِالْمَوْضِعِ الَّذِي فَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأُولَى مِنْ إلْحَاقِ مَنْ
 أَلْحَقَهُ بِحُكْمِ الْأَبِ فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي سَوَّى بَيْنَهُمَا؟ = فالجواب أن مَعْنَانَا أَصَحُّ
 مِنْ وَجْهِهِ:

أحدهما: القياسُ الذي ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ فِي أَنَّهُمَا جَمِيعًا يُذَلِّلَانِ بِالْأَبِ، وَأَحَدُهُمَا
 أَقْرَبُ إِلَى الْأَبِ مِنَ الْآخَرِ لَوْ كَانَ الْأَبُ هُوَ الْمِيتَ، فَكَذَلِكَ ابْنُهُ.

والثاني: أن يُقَالَ: إِنَّ الْمَوْضِعَ الَّذِي أُلْحِقَ بِالْأَبِ هُوَ الْمَوْضِعُ الَّذِي لَوْ لَمْ يُلْحَقْ
 بِهِ لَسَقَطَ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي نَقَصَ عَنْ مَرْتَبَةِ الْأَبِ هُوَ مَوْضِعٌ لَوْ لَمْ يُفْعَلْ لَأَدَّى
 إِلَى تَفْضِيلِ الْغَيْرِ عَلَيْهِ، لَا إِلَى إِسْقَاطِهِ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ إِذَا أُعْطِيَتْ ثُلُثُ جَمِيعِ الْمَالِ لَمْ
 يَسْقُطْ، وَإِنَّمَا نَقَصَتْ مِنْ إِرْثِهِ، وَلَوْ أُعْطِيَتْ ثُلُثُ مَا بَقِيَ لَأَدَّى إِلَى تَفْضِيلِهِ، فَلَمَّا كَانَ
 الْمَوْضِعُ الَّذِي فِيهِ التَّفْضِيلُ وَلَا إِسْقَاطٌ فِيهِ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِحُكْمِ الْأَبِ، وَإِنَّمَا حُكِمَ
 لَهُ بِحُكْمِهِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَسْقُطُ إِنْ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِحُكْمِهِ، فَحُكْمُهُ مَعَ الإِخْوَةِ فِي
 التَّفْضِيلِ لَا فِي الإِسْقَاطِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقُلْ أَحَدٌ أَنَّهُ يَسْقُطُ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي تَفْضِيلِهِ أَوْ
 تَقْدِيمِهِ عَلَى الإِخْوَةِ، فَكَانَ ذَلِكَ بِالْمَوْضِعِ الَّذِي فِيهِ التَّفْضِيلُ لَا^(١) الإِسْقَاطُ أُولَى،
 فَوَجِبَ / مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ أَنْ لَا يُحْكَمَ لَهُ بِحُكْمِ الْأَبِ، إِذْ لَا إِسْقَاطَ فِيهِ، وَفِي الْمَوْضِعِ
 الَّذِي فُرِضَ لَهُ السُّدُسُ لَوْ لَمْ تُفَرَضْ لَسَقَطَ وَلَمْ يَرِثْ مِنَ الْمَالِ شَيْئًا.

* وَأَمَّا قَوْلُ الْمَزْنِيِّ وَطَعْنُهُ فِي احْتِجَاجِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي أَنَّهُمَا يُذَلِّلَانِ بِالْأَبِ
 إِلَى قَوْلِهِ: «لَوْ كَانَ ذَلِكَ صَحِيحًا لَلَزِمَ ذَلِكَ فِي ابْنِ أَخٍ وَجَدَّ؛ لِأَنَّهُمَا يُذَلِّلَانِ بِقَرَابَةِ

(١) كَذَا فِي الْأَصْلِ، وَزَادَ بَعْضُهُمْ أَلْفًا لِيَصِيرَ: «إِلَّا».

أبي الميِّت، إلى آخر كلامه = فقد ذكرنا أن ذلك لا يلزم الشافعي؛ لأنه لا مدخل
لتقياس مع الإجماع، ولو حُمِلَ الأمر على القياس لكان للمجد السدس، والباقي
للأخ أو لابن الأخ إذا لم يكن أخ، ولكن الإجماع منعه منه.

وإنما فساد العلة أن يرى علة أصح منها، فأما أن يتعذر عليه أن يرى علة أصح
منها فيعلقه بتخصيص العلة من أجل أصل من الأصول = لا وجه له؛ ألا ترى
أن الشافعي حيث لم يكن عنده من الإجماع في أمر الولاء ما عنده في أمر النسب
حمَلَ الأمر في أمر الولاء على القياس فقال في أحد قوليّه: إذا خَلَفَ جَدًّا وأخًا
فالمال للأخ دون الجد، وكذلك إذا خَلَفَ ابنَ أخٍ وجدًّا فالمال لابن الأخ ويستقط
الجد؛ لأن ابن الأخ أقرب من الجد وأولى بالمال من جهة التعصيب، ولم يُمكنه
أن يقول ذلك من جهة النسب من أجل الإجماع، والله أعلم.

(١٦ ب) * وأما احتجاجه بأن الأب والجد يُنكِحان الصغيرة وأنهما في الحكم واحد = /
فهذا حجة عليه؛ لأن الابن مُقَدَّم على الأب في باب الميراث بنص القرآن، وولاية
الابن ساقطة في النكاح، والأخ والعَمُّ لهما ولاية في النكاح مع عدم الأب، ولا
ولاية للابن، فيجب أن يُقَدَّم الأخ على الجد بهذا الاعتلال وإلا فاعتلاله ساقط؛
لأن هذه أصول مُخْتَلِفَةٌ، لا يجوز أن يُضَرَبَ بعضها ببعض، ولا أن يُرَدَّ فرعُ أصلٍ
إلى أصلٍ غيره، وإنما يُبْنَى فرعُ كُلِّ أصلٍ على أصله، فأما أن تُضَرَبَ الموارِثُ
بالنكاح ويُضَرَبَ النكاح بالصلاة على الميِّت وهي أصول مُخْتَلِفَةٌ = فهذا عبث
لا يجوز على مذهب أحد، وإذا كان التعصيب في الموارِث وُضِعَ على خلاف ما
وُضِعَ عليه أصلُ التعصيب في النكاح فكيف يُقاس فرعُ أحدهما على فرع الآخر؟
وهذا فاسد.

* وكذلك قولُ المزمِنِ: إِنَّ الشافعيَّ قد قال: إِنَّ مَنْ مَلَكَ أَبَاهُ أَوْ جَدَّهُ وَإِنْ بَعْدَ عَتَقَ عَلَيْهِ، وَإِنْ مَلَكَ أَخَاهُ ثَبَتَ مِلْكُهُ عَلَيْهِ، وَأَنْتُمْ حَكَمْتُمْ لِلْجَدِّ بِحُكْمِ الْأَبِ فِي الْعَتَقِ وَلَمْ تَحْكُمُوا بِذَلِكَ لِلأَخِ = فهذا أيضًا ساقط؛ لأنَّ مذهبهما جميعًا أنَّه لو مَلَكَ جَدُّهُ مِنْ قَبْلِ أُمِّهِ لَعَتَقَ، وَالأَخُ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِ فِي الْمِيرَاثِ، بَلْ لَا مِيرَاثَ لِلْجَدِّ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ بِحَالٍ، فَوَلَادَتُهُ لَمْ تَنْفَعْهُ فِي الْمِيرَاثِ شَيْئًا، وَسَاوَى الْأَبِ لَصُلْبِهِ فِي بَابِ الْعَتَقِ، فَكَيْفَ يُقَاسُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ؟

* وكذلك قوله رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنْتُمْ قُلْتُمْ: إِنَّ الْأَبَ أَحَقُّ بِالصَّلَاةِ عَلَى الْمَيِّتِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ أَبٌ فَالْجَدُّ، وَلَا وَلايَةَ لِلأَخِ مَعَ الْجَدِّ = فَإِنَّمَا فُعِلَ ذَلِكَ / وَقُدِّمَ الْأَبُ عَلَى الْإِبْنِ، وَأَنْتَ تَقَدِّمُ الْإِبْنَ عَلَى الْأَبِ فِي الْمِيرَاثِ، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُمَا أَصْلَانِ مُخْتَلِفَانِ، أَحَدُهُمَا يُوجِبُ تَقْدِيمَ الْأَبِ، وَالثَّانِي يُوجِبُ تَقْدِيمَ الْإِبْنِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَلِمَ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا؟ قِيلَ: يُشَبَّهُ أَنْ تَكُونَ الصَّلَاةُ عَلَى الْمَيِّتِ إِنَّمَا جُعِلَتْ دُعَاءً لِلْمَيِّتِ، وَالْإِجَابَةُ عَلَى حَسَبِ الْإِحْتِرَاقِ وَالْإِخْلَاصِ، وَالْأَغْلَبُ أَنَّ احْتِرَاقَ الْوَالِدِ عَلَى وَلَدِهِ أَكْبَرُ مِنْ احْتِرَاقِ الْوَلَدِ عَلَى وَالِدِهِ، وَحَقُّ الْوَالِدِ عَلَى وَلَدِهِ أَعْظَمُ مِنْ حَقِّ الْوَلَدِ عَلَى وَالِدِهِ، فَوَجَبَ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ أَنْ يُقَدَّمَ الْأَبُ عَلَى الْإِبْنِ، وَبِهَذَا الْمَعْنَى قُدِّمَ الْجَدُّ عَلَى الْإِبْنِ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ، وَأَمَّا الْمِيرَاثُ فَالْمَعْنَى ^(١) فِي ذَلِكَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ مَا قَالَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَأَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ» ^(٢)، وَالْأَغْلَبُ أَنَّ الْوَلَدَ فِي عِيَالِ الْوَالِدِ وَفِي نَفَقَتِهِ، وَأَنَّهُ أَحْوَجُ إِلَى مَالِهِ مِنْ أَبِيهِ، وَإِلَى الِاسْتِغْنَاءِ بِهِ، وَقَدْ يَكُونُ مُرْضِعًا، وَقَدْ يَكُونُ حَمَلًا، فَخُصَّ بِأَكْثَرِ الْمَالِ مِنَ الْأَبِ بِذَلِكَ.

(١) رَسَمُ الْأَصْلِ أَقْرَبُ إِلَى: «بِالْمَعْنَى».

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٥٣٥٤) وَمُسْلِمٌ (١٦٢٤) مِنْ حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

* وكذلك قوله: إنكم قد قلتم: يُعْطِي الكفارة والزكاة مَنْ لا تَلْزَمُهُ النفقة عليه من قرابته، وهم مَنْ عدا الوالدَ والولدَ، فجَعَلْتُمُ الجَدَّ في ذلك كالأب، ولم تَجْعَلُوا ذلك للأخ = فالجوابُ عن ذلك أَنَّهُ يَدْخُلُ في إلحاقِ النفقةِ الجَدُّ الذي لا مَدْخَلَ له في الميراثِ، بل الأخُ أَحَقُّ منه بالميراثِ، وهو الجَدُّ مِنْ قَبْلِ الأُمِّ.

وإذا كان ذلك كذلك دَلَّ على أَنَّ أَمْرَ الموارِيثِ مُخَالَفٌ لهذه الأصولِ، وأنَّ كُلَّ أَصْلٍ مِنْ ذلك له طريقٌ، إليه / قُصِدَ وعليه تُبْنَى فروعه، وأنَّ مَنْ خالف ذلك (ب / ٨٧) وَضَرَبَ الأصولَ بعضها ببعضٍ فهو المَخْلَطُ لا الشافعيُّ، فافهموا هذه الأصولَ واختلافَها، لَيْسَ قُطْعَ عنكم مَوْوَنَةُ إلحاقِ الفروعِ بغيرِ أصولِها، فَتُخْلَطُوا كما خَلَطَ المِزْنِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي ضَرْبِهِ الأصولَ بعضها ببعضٍ مع معرفته باختلافها، والله يرحمنا وإياها.

ومسألة الجَدِّ مع الإخوة مِنَ المسائلِ التي لا يُمَكِّنُ القُطْعُ فيها، وإنَّما يُمَكِّنُ في ذلك ترجيحُ حالٍ على حالٍ، وترجيحُ مذهبٍ على مذهبٍ، على حسب ما يُوَفِّقُ اللهُ، ودليلُ الفريقَيْنِ ليس بالواضحِ فَيُمَكِّنُ الجمعُ بين الجَدِّ والأبِ^(١) أو يُمَكِّنُ التفرقةَ بينهما قطعاً، ولكن يُرَجِّحُ أَحَدَ المذهبين على الآخرِ على حسب ما يُؤَدِّي إليه الاجتهادُ، فأَمَّا إطلاقُ اللفظِ بالخطأِ في أَحَدِ المذهبين ونسبةُ أحدهما إلى التقصيرِ كما فعل المِزْنِيُّ فغيرُ ممكنٍ عندنا؛ لأنَّ الأمرَ في ترجيحِ أَحَدِ المذهبين على الآخرِ فيه دِقَّةٌ واشتباهٌ يَمْنَعُ مِنَ القُطْعِ به، والله يُوَفِّقُنَا لِلْحَقِّ.



(١) زاد في الأصل: «أو لا يمكن». والظاهر أن الكلام مستغن عنه، وكأنه تكرر.

حكى الفريابي عن المزي رحمه الله أنه سُئِلَ عن الرجل يُعَرِّضُ بالقذفِ وذكرَ
أنه أراد به القذف؟

قال المزي: لا حَدَّ عليه.

قيل له: فرجلٌ قال لامرأته: «أنتِ خَلِيَّةٌ» وأراد به الطلاق؟

قال: هو طلاقٌ.

قيل له: فما الفرقُ؟ ولمَ لا يُحَدُّ في التعريضِ؟

قال: لأنِّي وجدتُ أنه قد يكونُ وَطْئُ حرامٍ ولا حَدَّ على فاعله، مثلُ أن يَطَأَ
رجلٌ جاريةً بينه وبين آخر، ومثلُ أن يَطَأَ ذُو مَحْرَمٍ وهو لا يعلمُ، فلا حَدَّ أبدًا
إلا بالزنا، ولا نَجْدُهُ، فإذا / وجدنا هذا في الفعلِ كذلك لا نَحُدُّ في التَّعْرِيضِ
حتى يكونَ عينَ القذفِ^(١)، وهو الذي يُصَرِّحُ بالقولِ، قِيَّاسًا على الفعلِ الذي هو
عينُ الزنا^(٢).



(١) كان في الأصل: «لا حد في التعريض حتى يكون عن عين القذف». ثم حول إلى ما أثبتته.

(٢) انظر مسألة التعريض بالقذف في «المختصر» للمزي (الفقرة: ٣٢٣٨).

قال أبو إسحاق:

الجواب

إنَّ الذي فَرَّقَ به المِزْنِيُّ لَيْسَ بِفَرَقٍ؛ لِأَنَّ الحَدَّ لَمْ يُجْعَلْ عَلَى مَنْ وَطِئَ حَرَامًا، وَإِنَّمَا جُعِلَ الحَدُّ عَلَى مَنْ زَنَّا، وَلَيْسَ كُلُّ وَطِئٍ حَرَامٍ زِنًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَنْكِحُهَا نِكَاحًا فَاسِدًا فَيَطَافُهَا فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ حَدٌّ وَإِنْ كَانَ الْوَطِئُ حَرَامًا، وَاسْمُ الزَّنا لَا يَقَعُ عَلَى وَطِئٍ فِيهِ شَبْهَةٌ، أَوْ مِلْكٌ، أَوْ لَمْ يَقْصِدْ صَاحِبُهُ إِلَى ارْتِكَابِ الْمُحْظُورِ وَإِنَّمَا قَصَدَ إِلَى أَهْلِهِ أَوْ مِلْكٍ يَمِينِهِ، وَإِنَّمَا يَقَعُ اسْمُ الزَّنا عَلَى مَا لَا شَبْهَةَ فِي أَصْلِهِ، وَلَا دَخَلَتْ عَلَيْهِ شَبْهَةٌ فِي فِعْلِهِ، فَأَمَّا إِذَا دَخَلَ عَلَيْهِ ذَلِكَ زَالَ عَنْهُ الْاسْمُ، فزَالَ الْحَدُّ لِذَلِكَ.

وَأَمَّا مَنْ عَرَّضَ بِالْقَذْفِ فَإِنَّا لَمْ نَحُدَّهُ؛ لِأَنَّ إِخْبَارَهُ وَكَلَامَهُ يَحْتَمِلُ مَعْنَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ عِبَارَةً عَنِ الزَّنا، وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ عِبَارَةً عَنْ غَيْرِهِ، فَجَعَلْنَا الْأَمْرَ إِلَى قَائِلِهِ، وَلَمْ نَحُدَّهُ إِلَّا إِذَا أُخْبِرَ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الزَّنا، فَإِذَا أُخْبِرَ بِذَلِكَ صَارَ صَرِيحًا غَيْرَ مُحْتَمِلٍ، فَوَجَبَ الْحَدُّ، كَمَا أَنَّ الطَّلَاقَ صَرِيحٌ، فَإِذَا أَتَى بِالتَّعْرِيضِ اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ عِبَارَةً عَنِ الطَّلَاقِ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ عِبَارَةً عَنْ غَيْرِهِ، فَلَمْ يُلْزَمْهُ وَرَدُّنَا الْأَمْرَ إِلَيْهِ، فَإِنْ أُخْبِرَ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الطَّلَاقَ صَارَ كَصَرِيحِ الطَّلَاقِ وَوَقَعَتْ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا.

(٨٨ / ب) / وَأَمَّا مَنْ وَطِئَ جَارِيَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ فَلَمْ يَأْتِ بِفِعْلٍ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: الزَّنا، وَالثَّانِي: غَيْرُهُ، وَكَانَ كَمَنْ نَكَحَ نِكَاحًا فَاسِدًا؛ لِعِلْمِنَا بِأَنَّ هَذَا الْوَطِئَ لَا يُوجِبُ حَقِيقَةَ حَدٍّ، وَلَمْ يَخَفْ عَلَيْنَا مِنْ أَمْرِهِ شَيْئًا فَنَرُدُّ إِلَى فَاعِلِهِ كَمَا خَفِيَ عَلَيْنَا الْمَرَادُ مِنْ قَوْلِهِ فَرَدَدْنَاهُ إِلَى قَائِلِهِ، إِذْ سَبِيلُ مَا وَقَفْنَا عَلَى حَقِيقَتِهِ إِنْفَادُ

نَحْكُمُ بِهِ وَأَنْ لَا يُرَدَّ إِنْ قَائِلِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ نُو تَكَلَّمُ بِمَا لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ضَلَاقًا
نَه نُوَّ فِي ذَلِكَ وَلَا أَوْقَعْنَا بِهِ الضَّلَاقَ وَإِنْ أَرَادَهُ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَةَ غَيْرُ مُحْتَمِلٍ لِلطَّلَاقِ،
وَأَمَّا نَرَدُّ إِيَّاهُ مَا كَانَ مُحْتَمِلًا وَخَفِيَ عَلَيْنَا مُرَادُهُ فَتَرَدُّ الْأَمْرُ إِلَيْهِ، وَمَنْ وَطِئَ جَارِيَةً
بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ فَلَمْ يَخَفْ عَلَيْنَا مِنْ أَمْرِهِ، بَلْ عَلِمْنَا، وَعِلْمُهُ فِي ذَلِكَ وَاحِدٌ، وَهُوَ
سَقُوطُ الْحَدِّ، فَأَسْقَضَاهُ.

وَمَا أَتَى بِهِ مِنْ أَمْرِ ذَوِي الْمَحَارِمِ فَهُوَ حُجَّةٌ لَنَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا وَطِئَ أَعْجَنِيَّةً أَوْ ذَا^(١)
مَحْرَمٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَصْدًا إِلَى ذَلِكَ، وَيَجُوزُ أَنْ لَا يَكُونَ قَصْدًا إِلَى ارْتِكَابِ
الْمَحْظُورِ وَقَدَّرَ أَنَّهَا أَهْلُهُ = لَمْ نَحُدَّهُ حَتَّى يَعْتَرِفَ أَنَّهُ قَصْدًا إِلَى ذَلِكَ، وَفِعْلُهُ هَذَا
يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ كَمَا اخْتَمَلَ التَّغْرِيطُ فِي قَوْلِهِ، فَلَمَّا لَمْ نَحُدَّ فِي فِعْلِهِ هَذَا حَتَّى
يَعْتَرِفَ أَنَّهُ قَصْدًا إِلَى الزَّنا فَكَذَلِكَ إِذَا اخْتَمَلَ قَوْلُهُ لَمْ نَحُدَّهُ حَتَّى يَعْتَرِفَ أَنَّهُ قَصْدًا
إِلَى الزَّنا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



(١) فِي الْأَصْلِ: «ذَوْ». ثُمَّ حَوْلَ إِلَى الْمُشَبَّهِ.

(١ / ٨٩) / وَحَكَى عِصَامُ الرَّازِيُّ عَنِ الْمَزْنِيِّ أَنَّهُ إِذَا نَذَرَ أَنْ يَصُومَ بِمَكَّةَ يُجْزِئُهُ أَنْ يَصُومَ
حَيْثُ شَاءَ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ عَلَى الْبَدَنِ.

قال أبو إسحاق:

وهذا الذي حكاه عنه يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ مَذْهَبُ الْمَزْنِيِّ، فَأَمَّا عَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ
فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِثْلَ الصَّلَاةِ، وَلَا يَجُوزُ إِذَا نَذَرَ أَنْ يُصَلِّيَ بِمَكَّةَ أَنْ يُصَلِّيَ فِي سَائِرِ
الْمَوَاضِعِ وَإِنْ كَانَ عَمَلًا عَلَى الْبَدَنِ؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ بِمَكَّةَ أَفْضَلُ مِنَ الصَّلَاةِ فِي سَائِرِ
الْمَوَاضِعِ، فَإِذَا أَتَى بِصَّلَاةٍ فِي غَيْرِ مَكَّةَ فَلَمْ يَأْتِ بِمَا نَذَرَ، لِأَنَّ الَّذِي نَذَرَ أَفْضَلُ مِنْهُ،
وَلَكِنْ لَوْ نَذَرَ أَنْ يُصَلِّيَ فِي مَسْجِدٍ فِي بَلَدٍ مِنَ الْبُلْدَانِ أَوْ فِي مَسْجِدِ بَيْتِ الْمَقْدِسِ أَوْ
مَسْجِدِ الْمَدِينَةِ فَصَلَّى فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ لِأَجْزَائِهِ؛ لِأَنَّ صَلَاةَ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ
أَفْضَلُ مِنَ صَلَاةٍ فِي غَيْرِهَا، فَكَأَنَّهُ نَذَرَ شَيْئًا جَاءَ بِأَفْضَلٍ مِنْهُ، فَكَذَلِكَ سَائِرُ أَعْمَالِ
الطَّاعَاتِ بِمَكَّةَ أَفْضَلُ مِنْهُ بِغَيْرِهَا، فَإِذَا نَذَرَ أَنْ يَكُونَ بِمَكَّةَ لَمْ يَأْتِ فِي غَيْرِهَا، وَإِذَا
نَذَرَ أَنْ يَأْتِيَ بِغَيْرِهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَأْتِيَ بِمَكَّةَ.



٢٤ مسألة [إن صليت أو حججت أو كلمت فلانا فله علي أن أصوم عشرة]

وحكى عنه أنه قال: إن صَلَّيْتُ أو حَجَّجْتُ أو كَلَّمْتُ فلانًا فله علي أن أصوم عشرة أيام = أن لا شيء عليه.

فالجواب

إنه إن كان مريضًا عاجزًا عن الصلاة فقال: إن وَهَبَ الله لي العافية حتى أُصَلِّي فله علي أن أصوم عشرة أيام، فَبَرِيءٌ وأَمَكَنَهُ الصلاة = فقد لَزِمَهُ ذلك. وكذلك إذا قال: إن قَوَّانِي الله حتى أُحَجَّ فله علي أن أصوم = فذلك / عليه إذا حَجَّ. وكذلك (٨٩/ ب) إذا حِيلَ بينه وبين والدَيْهِ فلم يُمَكِّنْهُ كَلَامُهُمَا فقال: إن كَلَّمْتُهُمَا فله علي أن أصوم = فذلك عليه إذا كَلَّمَهُمَا؛ لأنَّ مَخْرَجَ جميع ذلك مَخْرَجُ الطاعة، فإمَّا^(١) أن يُخْرَجَ مَخْرَجَ اليمين في كلام فلانٍ أَجْزَأَهُ في ذلك كفارة يمين، فإمَّا سُقُوطُ ذلك بلا نَذْرٍ ولا كفارة فليس ذلك بمذهب الشافعي.



(١) كذا في الأصل، ولعله: «وإمّا».

وَحَكَى عَنْهُ عَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِلْمَسَاكِينِ دَخَلَ مَعَهُمُ الْفُقَرَاءُ، وَإِذَا أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِلْفُقَرَاءِ لَمْ يَدْخُلْ مَعَهُمُ الْمَسَاكِينُ.

قال أبو إسحاق:

وهذا الذي حكاه عن الشافعيّ فلا يُعْرَفُ، والمشهورُ عن الشافعيّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِلْمَسَاكِينِ دَخَلَ فِيهِ الْفُقَرَاءُ وَالْمَسَاكِينُ، وكذلك إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِلْفُقَرَاءِ دَخَلَ فِيهِ الْمَسَاكِينُ^(١)، وبأيّ الاسْمَيْنِ أُعْطِيَ إِذَا انْفَرَدَ دَخَلَ فِيهِ الْفَرِيقَانِ^(٢)، وَإِنْ أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ صَارَا صِنْفَيْنِ، كما أَنَّ اللَّهَ عَزَّجَلَّ لَمَّا نَصَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ فِي مَوَاضِعَ مِثْلِ الظَّهَارِ وَمِثْلِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ بِاسْمِ الْمَسْكَنَةِ فَلَمْ يَخْتَلِفْ أَحَدٌ أَنَّ ذَلِكَ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، وَإِنَّمَا صُيِّرُوا صِنْفَيْنِ إِذَا قُصِدَ إِلَى التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا بِأَنْ نَصَّ عَلَى اسْمِهِمَا، وَإِلَّا فَهُمَا دَاخِلَانِ^(٣) تَحْتَ الْحَاجَةِ، وَهُوَ الْفَقْرُ وَالْمَسْكَنَةُ، هَذَا الَّذِي يُعْرَفُ مِنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ.

وَإِنْ صَحَّ مَا حَكَى عَنْهُ كَانَ ذَلِكَ مُحْتَمِلًا بِأَنْ يُقَالَ: / إِنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِلْمَسَاكِينِ دَخَلَ مَعَهُمُ الْفُقَرَاءُ؛ لِأَنَّهُمْ أَسْوَأُ حَالًا مِنْهُمْ وَأَحْوَجُ، فَدَخَلُوا مَعَهُمْ، وَإِذَا أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِلْفُقَرَاءِ - وَهُمْ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ أَسْوَأُ حَالًا مِنَ الْمَسَاكِينِ - فَكَأَنَّهُ قَصَدَ إِلَى الْفُقَرَاءِ الَّذِينَ هُمْ أَسْوَأُ حَالًا، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي ذَلِكَ مَنْ هُوَ أَحْسَنُ حَالًا مِنْهُمْ، وَإِذَا أُعْطَاهُمْ لِحَاجَتِهِمْ دَخَلَ مَعَهُمْ مَنْ هُوَ أَسْوَأُ حَالًا مِنْهُمْ، وَلَمْ يَدْخُلْ مَنْ هُوَ أَحْسَنُ حَالًا^(٤).

(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ١٨٤٨). (٢) في الأصل: «الفريقين».

(٣) في الأصل: «داخليين».

(٤) انظر للتفريق بين الفقراء والمساكين «المختصر» للمزني (الفقرة: ١٩٦٠).

﴿ ٢٦ ﴾ مسألة [الوصية لفقراء أهل مصر أو بني تميم]

وَحَكَى عِصَامٌ عَنْ الْمَزْنِيِّ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِفُقَرَاءِ أَهْلِ مِصْرَ أَوْ فُقَرَاءِ بَنِي تَمِيمٍ = لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُحَاطُ بِهِمْ، وَذَلِكَ مِيرَاثٌ.

﴿ فَاَلْجَوَاب ﴾

إِنَّ الَّذِي حَكَاهُ يَتَعَدُّ عَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَطَلَ ذَلِكَ مِنْ أَجْلِ مَا ذَكَرَهُ لَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ لِفُقَرَاءِ بَنِي هَاشِمٍ وَلِفُقَرَاءِ الْأَمْصَارِ لِأَنَّهُ لَا يُحَاطُ بِهِمْ، وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ عِنْدَ الْجَمِيعِ جَائِزًا وَكَانَتِ الْوَصِيَّةُ إِذَا قُصِدَ إِلَى أَهْلِ نَسَبٍ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُخْصَى، كَانَ مَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يُصْرَفَ فِيهِمْ^(١).

وَلَوْ كَانَ كَمَا قَالَ لَكَانَ مَنْ أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِفُقَرَاءِ أَهْلِ مَكَّةَ وَصِيَّتُهُ بَاطِلًا^(٢)؛ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ فُقَرَاءِ أَهْلِ مِصْرَ وَبَيْنَ فُقَرَاءِ أَهْلِ مَكَّةَ وَأَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَلَا نَعْلَمُ خِلَافًا فِيمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِفُقَرَاءِ أَهْلِ مَكَّةَ أَنَّ ذَلِكَ مِصْرُوفًا فِيهِمْ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ اسْتِيفَاؤُهُمْ، فَكَذَلِكَ فُقَرَاءُ أَهْلِ مِصْرَ، وَفُقَرَاءُ بَنِي تَمِيمٍ كِفَقَرَاءِ بَنِي هَاشِمٍ، وَهُمَا جَمِيعًا جَائِزَانِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ الْاسْتِيفَاءُ؛ / لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ قَالَ: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾ [التوبة: ٦٠]. وَلَمَّا لَمْ يَتَهَيَّأْ لَنَا اسْتِيفَاءُ الْفُقَرَاءِ كَانَ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ مِصْرُوفٌ فِيهِمْ، لَا اسْتِيفَاؤُهُمْ، وَكَذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ: «أُمِرْتُ أَنْ أَخْذَ الصَّدَقَةَ مِنْ أَغْنِيَائِكُمْ فَأُرُدَّهَا فِي فَقَرَائِكُمْ»^(٣).

(١) لَمْ يَذْكَرِ الْوَجْهَ الثَّانِي، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِمَّا يَحْصَى، فَيُصْرَفُ فِي جَمِيعِهِمْ بِالسُّوْيَةِ. وَانْظُرِ الْمَسْأَلَةَ فِي «الْحَاوِي» لِلْمَاوَرِدِيِّ (٣٠١ / ٨).

(٢) فِي الْأَصْلِ: «بَاطِلٌ».

(٣) لَمْ أَجِدْهُ بِهَذَا اللَّفْظِ، لَكِنْ أَخْرَجَ الْبُخَارِيُّ (١٤٩٦) وَمُسْلِمٌ (١٩) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِمُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ حِينَ بَعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ، الْحَدِيثُ. وَفِيهِ: «أَخْبَرَهُمْ أَنَّ اللَّهَ قَدْ فَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تَأْخُذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدُّ عَلَى فَقَرَائِهِمْ».

لم يُرد بذلك الاستيفاء لأنَّه غيرُ ممكنٍ، ومع ذلك فقد أوجب الله تعالى لمساكينِ
مَكَّةَ حَقًّا لا يجوزُ إخراجُه عنهم إلى غيرهم وإن وُجدَ فيهم الفقرُ ولا جَعَلَ على
صاحِبِه استيفاءَ جميعهم، وإنَّما أوجبَ عليه بقوله: ﴿هَذَا بِلَغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة:
٩٥] إضرافَه فيهم، لا استيفاؤهم، فكذلك وصايا الأَدَمِيِّينَ.



كتاب الفُروج

مسألة [عيوب النكاح المثبتة للخيار] (٢٧)

قال المزي: قال إخواننا أصحاب الشافعي رحمه الله في الرجل تزوج المرأة وبها جنون، أو جذام، أو برص، أو قرن مانع لا يمكن أن يوصل به إليها، أن له الخيار في الإمساك وفسخ النكاح، فإن لم يكن بها شيء من ذلك ودخل بها ثم حدث بها جنون أو جذام أو برص فله الخيار؛ لأن العلة التي كان له بها الخيار في العقد هي العلة التي حدثت بعد العقد.

فيقال لهم: فإذا كانت العلة التي له بها الخيار في العقد هي العلة التي جعلتم له بها الخيار بعد العقد فاجعلوا كل علة في العقد إذا حدثت بعد صحة العقد حكمها كما جعلتموه في العقد.

واحكموا في الذي حل له نكاح الأمة لعل أن لا يجد طولا لحررة ويخاف العنت أنه إذا تزوج ثم حدثت / علة يحرم بها عقد النكاح انفسخ النكاح كما كان حكمها في عقد النكاح ففسخ النكاح، وهو قياسكم في الخيار الذي لعل في عقد النكاح إنما هي العلة التي جعلتم له بها الخيار بعد عقد النكاح.

ونظير ذلك من غير هذا الوجه: إنه لا يجوز أن يتزوج المرء أمة بحال، فإن تزوجها فالنكاح مفسوخ لعل المملك، فإذا تزوجها ولا مملك له عليها جاز نكاحه، وكذلك إن تزوجت المرأة عبدها ففسخ النكاح لعل المملك، فإن تزوجت عبدا غيرها جاز النكاح لعدم العلة التي يفسخ عقد النكاح من أجلها، فإذا ملكته انفسخ النكاح لحدوث العلة التي تفسخ عقد النكاح.

وكذلك لا يتزوج المرتدُّ مُسْلِمَةً، فإن تزوّجها وهو مُرْتَدٌّ انْفَسَخَ النكاحُ لِعِلَّةِ الرَّدَّةِ، فإن تزوّجها مُسْلِمًا ثُمَّ لم يَدْخُلْ بها حتَّى ارْتَدَّ انْفَسَخَ النكاحُ؛ لأنَّ العِلَّةَ التي يُفْسَخُ بها النكاحُ لَمَّا حَدَثَ بعد عقدِ النكاحِ حدثُ الفسخِ.

وكذلك إن تزوج مُسْلِمٌ مُرْتَدَّةً انْفَسَخَ النكاحُ لِعِلَّةِ الرَّدَّةِ، فإن تزوّجها مُسْلِمَةً فلم يَدْخُلْ بها حتَّى ارْتَدَّتْ انْفَسَخَ النكاحُ؛ لأنَّها العِلَّةُ التي يُفْسَخُ عقدُ النكاحِ مِنْ أَجْلِهَا، فَلَمَّا حَدَثَ بعد عقدِ النكاحِ حَدَثُ الفسخِ.

كذلك العِلَّةُ عندكم إن نكح وهو يجد طَوْلًا لِحُرَّةٍ وَلَا يَخَافُ الْعَنْتَ بطل النكاحُ، فإذا تزوّجها وَلَا يَجِدُ طَوْلًا لِحُرَّةٍ وَيَخَافُ الْعَنْتَ جاز / النكاحُ، فإذا حدثت العِلَّةُ التي تَفْسَخُ عقدَ النكاحِ بعد عقدِ النكاحِ فانْفَسَخَ النكاحُ بِحُدُوثِ العِلَّةِ التي فَسَخْتُمُ عقدَ النكاحِ كما قلتم فيما وَصَفْنَا أَنَّ العِلَّةَ إذا كانت تَفْسَخُ عقدَ النكاحِ إذا حَدَثَتْ بعد صِحَّةِ النكاحِ انْفَسَخَ النكاحُ فاحْكُمُوا بِذلك فيمَن وَجَدَ الطَّوْلَ بعد صِحَّةِ النكاحِ فافْسَحُوا عَلَيْهِ النكاحَ بِحُدُوثِ العِلَّةِ التي تَفْسَخُ عقدَ النكاحِ، وَإِلَّا تَرَكْتُمُ الْقِيَاسَ.



قال أبو إسحاق:

﴿فالجواب وبالله التوفيق﴾

أن ليس جميع المعاني التي تُوجبُ فسخَ عقدِ النكاحِ مُوجِبَةً لفسخِ النكاحِ إذا حَدَّثَتْ بعدَ العقدِ، بل:

منها: ما يُوجبُ فسخَ النكاحِ إذا وُجِدَ في حالِ العقدِ وإذا وُجِدَ بعدَ تقدُّمِ العقدِ.
ومنها: ما يُوجبُ فسخَ النكاحِ إذا وُجِدَ في حالِ العقدِ، وإذا سَلِمَ العقدُ منه ثُمَّ حدثَ بعدَ العقدِ لم يُوجبْ ذلكُ فسخَ النكاحِ.

ألا تَرَى أَنَّهُ لا يجوزُ للمُحْرِمِ أن يتزوَّجَ امرأةً حلالاً ولا مُحْرِمَةً، ولو تزوَّجَهَا وهما حلالان ثُمَّ أَحْرَمَا أو أَحَدُهُما لم يَنْفَسَخِ النكاحُ.

وكذلك صَحَّ الخبرُ عن النبيِّ صلى الله عليه أَنَّهُ حَرَّمَ نِكَاحَ الْمُتَعَةِ^(١)، والمُتَعَةُ فَعَقْدٌ إِلَى أَجَلٍ، فلو تزوَّجَهَا مُؤَبَّدًا نِكَاحًا صَحِيحًا ثُمَّ جَعَلَ النِكَاحَ إِلَى وَقْتٍ طَلَّقَهَا إِلَيْهِ لَكَانَ النِّكَاحُ صَحِيحًا إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَلَمْ يَكُنْ حُدُوثُ ذَلِكَ بَعْدَ الْعَقْدِ كَاشِرًا لَهُ فِي الْعَقْدِ.

وكذلك لو تزوَّجَهَا وَهِيَ فِي عِدَّةٍ مِنْ زَوْجٍ أَوْ مَوْطُوءَةٍ بِشَبْهَةٍ / يَلْحَقُ فِيهَا النَّسَبُ (١/٩٢)
لَكَانَ النِّكَاحُ بَاطِلًا مَا لَمْ تَنْقُضِ عِدَّتَهَا مِنَ الْأَوَّلِ، وَلَوْ تَزَوَّجَهَا ثُمَّ وَطَّئَهَا رَجُلٌ بِشَبْهَةٍ أَوْ نَكَحَهَا نِكَاحًا فَاسِدًا فَوَطَّئَهَا لَوَجَبَتْ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ مِنْهُ، وَلَمْ يَنْفَسَخِ نِكَاحُ الْأَوَّلِ مِنْ أَجْلِ الْعِدَّةِ الَّتِي وَجَبَتْ عَلَيْهَا.

وكذلك لو تزوَّجَهَا وَهِيَ كَافِرَةٌ بِلَا وَلِيِّ وَلَا شُهُودٍ ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ أَسْلَمَ زَوْجُهَا لَكَانَ لَهُ الْمَقَامُ عَلَى نِكَاحِهَا، وَلَوْ اسْتَأْنَفَ نِكَاحَهَا فِي الْإِسْلَامِ بِلَا وَلِيِّ وَلَا شُهُودٍ لَكَانَ النِّكَاحُ مُنْفَسِحًا.

(١) أخرجه البخاري (٥١١٥) ومسلم (١٤٠٧) من حديث علي رضي الله عنه.

فهذه معاني أخذنا بها في عقد النكاح، وإذا سلم العقد منها ثم حدثت بعد العقد لم يضر النكاح.

وإذا صحَّ ذلك ثبتَّ الأصلان جميعاً:

أحدهما: ما يستوي فيه الابتداء والمتعقب.

والثاني: ما يختلف فيه الابتداء والمتعقب.

وإذا ثبتنا جميعاً فمن جعل ردَّ أبي إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ أمرَ الأمة المنكوحَةِ إلى الأصل الذي يستوي فيه الابتداء والمتعقب بأولى من ردَّ ذلك إلى الأصل الذي يختلف فيه الابتداء والمتعقب؟ وإنما كان يصحُّ له اعتلاله لو كان كلُّ ما^(١) أوجب فسخ النكاح في الابتداء أو أوجب الخيار في الابتداء إذا حدث ذلك بعد العقد أوجب ذلك ما أوجبه في حال العقد، فأما إذا ثبت الأصلان فلا يجوز إذا وقع الاختلاف أن يردَّ إلى أحدهما دون الآخر إلا بدليل، أو بمعنى يوجب الجمع بينهما وأنَّ أحدَ الأصلين أولى به من الآخر.

(٩٢/ ب) / فإن قيل: فإذا ثبت الأصلان فلم ردَّدتم أمرَ الأمة إذا تزوجت بوجود الشرطين إلى الأصل الذي يختلف فيه الابتداء والمتعقب دون أن تردَّوه إلى الأصل الذي يستوي فيه الابتداء والمتعقب مثل الرضاع والرِّدة والملِك وسائر ما ذكره المزي؟ = قيل: ألحقناه بهذا الأصل لدلائل:

أحدها: أنَّ الكلَّ مُجمِعون^(٢) على أنَّه إذا تزوجها وهو خائفٌ للعنتِ ثمَّ ارتفع العنتُ حتى صار ممن لا يخافُ على نفسه الزَّنا أنَّه لا يفسخ نكاحه بارتفاع أحد الشرطين، فكذلك لا يرتفع بعدم الشرط الثاني، وهو وجود الطَّول.

(١) رسم الأصل: «كلما». (٢) في الأصل: «مجمعين».

فإن قيل: إن ارتفاع العنت مخالف لوجود الطول؛ لأننا إذا فسخنا النكاح لارتفاع خوف العنت فإنما ارتفع ذلك بوجود النكاح وإمكان الاستمتاع، فإذا فسخ النكاح عاد الخوف لعدم الاستمتاع، وإذا استغنى لم يعد الفقر بعدم النكاح وأمكنه تزويج الحرّة، فلذلك اختلف الحكم فيهما = فالجواب أن هذا الفرق ليس بصحيح؛ لأن الذي زال عنه خوف العنت بالنكاح لا يُدري هل يعود خوف العنت أو لا، وليس كل من خاف العنت في وقت خافه في كل وقت، لأن ذلك من العوارض التي تحدث تارة ولا تحدث أخرى، فلا يُدري إذا فسخ النكاح هل يعود أو لا يعود؟ كما أن ليس كل من استغنى لم يفتقر، ولا كل من افتقر لم يستغني، فإذا حدث اليسار ففسخ النكاح فقد يجوز أن يعود إلى عدم الطول كما كان قبل استغنائه ويجوز / أن لا يعود، فكذلك متى ارتفع خوف العنت (١/٩٣) منه إذا فسخ نكاحه فقد يعود خوف العنت وقد لا يعود، فهما سواء، ومع ذلك فلو كان الأمر كما قالوا لكان إذا تزوّجها ثم عن أو جبّ ذكره يفسخ النكاح؛ لأن خوف العنت لا يعود؛ لفقد الآلة، فلمّا جعلوا النكاح صحيحاً وله المقام عليه وإن كان المعنى الذي به أُجيز له عقد النكاح قد صار معدوماً مُتأبداً فوجود الطول بذلك أولى.

والمعنى الثاني [في أن الشرطين في نكاح الأمة^(١)] في الابتداء دون المتعقب أن نكاح الأمة إنما أبيع ليرتفع به خوف العنت، ولا يجوز أن يكون السبب الذي من أجله قصد إلى إباحة النكاح يوجب فسخ النكاح ولا حظره.

ألا ترى إلى قوله عز وجل: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٢]، فجعل النكاح سبباً للغنى والاتساع كما جعله سبباً لزوال خوف العنت، ولم يجز

(١) في الأصل: «في أن نكاح الأمة الشرطين».

أن يجوزَ النكاحَ ليزولَ به خوفُ العنتِ وزواله يوجبُ فسْخَهُ، فكذلك لا يجوزُ أن يكونَ النكاحُ طريقًا إلى الغنى ثم يكونَ الغنى يُوجبُ فسْخَهُ.

ألا ترى أنَّ النكاحَ يُعقدُ طاعةً لله تعالى حيثُ أمرَ به، والإحرامُ طاعةً، فلا يجوزُ أن يكونَ اشتِغاله بفرضٍ من فرائضِ الله بعدَ صحَّةِ العقدِ يُوجبُ فسْخَهُ ويدْخُلُ بذلك الضررُ عليه في نفسه وماله؛ لأنَّا إذا فسَخنا نكاحَه ولم نَجِدْ بُدًّا من امرأةٍ يَتَزَوَّجُهَا / فقد أتلَفنا عليه البضعَ الذي قد يحرمُ^(١) من أجلِه، واحتاج إلى غرامةٍ مثله، وليس يُعقدُ النكاحُ للطلاق، فلم يُجعلْ عليه فسْخُهُ إذا تقدَّم عقْدُه لما عليه من الضررِ فيه، ولم يُجعلْ له التجديدُ في حالِ الإحرامِ لأنَّه لا ضررَ عليه، ولأنَّه في الأغلبِ إذا جدَّدَ العقدَ خيفَ عليه غلبةُ الشهوةِ ما لا يُخافُ عليه فيمن طال مقامُها عنده، ولعله يأتي عليه الزمانُ الطويلُ فلا يُفكِّرُ فيها، ولا ضررَ عليه في الامتناعِ من ذلك إلى أن يخرجَ من إحرامِه، ولم يُفسَخْ عليه ما تقدَّم عقْدُه عليه، بل أُجيزَ له المقامُ عليه.

وأما ما حدث في النكاحِ من العيوبِ التي تُوجبُ الخيارَ للزَّوجينِ لو كان ذلك في العقدِ فإنَّ ذلك إنَّما أوجبَ الخيارَ في الابتداءِ لأنَّها معاني تمنعُ من الاستمتاعِ الذي قُصدَ النكاحُ من أجلِه أو تُدخِلُ النقصَ عليه، فكان ذلك عيبًا في النكاحِ، والنكاحُ يُعقدُ على منافعِ البضعِ مُتأبِّدًا كما يُعقدُ على منافعِ الدَّارِ إلى وقتٍ، ومنافعُ الدَّارِ إذا عُقدَ عليها والانتفاعُ بها ممكنٌ ولا عيبَ في ذلك ولا نقصَ، فما يحدث بعد ذلك قبل استيفائه المنفعةَ على ضربين:

ضربٌ يُدخِلُ النقصَ عليه في انتفاعِه ولا يَمْنَعُه منه بأكُلِّ حالٍ، فيكونُ للمستأجرِ بذلك خيارٌ إن شاء أقامَ عليه، وإن شاء فسَخَ من أجلِه، كما لو دُلِّسَ ذلك له في العقدِ.

(١) كذا في الأصل، ولعله: «قد لا يحرم».

والثاني: أن / يَسْتَهْدِمُ الدَّارُ فَتَبْطُلَ منافع الدارِ فلا يَبْقَى منها شيءٌ^(١)، فينفسخُ العقدُ؛ لعدم المنافع التي يُعْقَدُ العقدُ مِنْ أجلِها.

فكذلك النكاحُ إِنَّمَا يُعْقَدُ للاستمتاعِ بها، والدليلُ على ذلك أَنَّهُ لو تزوج امرأة لا يَحِلُّ له الاستمتاعُ بها لِنَسَبٍ أو غيرِه لكان النكاحُ منفسخًا، ولو تزوّجها وهي قرابته غير أَنَّهُ قد أُبيحَ له الاستمتاعُ بها لكان النكاحُ صحيحًا، فدلَّ ذلك على أَنَّ المقصِدَ في النكاحِ الاستمتاعُ، فإذا كان ذلك ممكنًا حلالًا كان النكاحُ صحيحًا، وإذا كان ذلك مُتَعَذِّرًا محظورًا كان النكاحُ باطلاً.

وإذا صَحَّ أَنَّ المقصِدَ في النكاحِ الاستمتاعُ فإذا تزوّجها ثُمَّ حدث في ذلك حدثٌ^(٢) يَمْنَعُ مِنَ الاستمتاعِ أو يُدْخِلُ النقصَ عليه =

فما كان مِنْ ذلك يَمْنَعُ الاستمتاعَ بِكُلِّ حالٍ، مثلُ الرضاعِ ومثلُ الرِّدَّةِ وما في معناهما فالنكاحُ مُنْفَسَخٌ؛ لوقوع الحظر في الاستمتاعِ، وهو المقصِدُ في النكاحِ.

وما حَدَثَ مِنَ المعاني التي تُدْخِلُ نقصًا في الاستمتاعِ فذلك عيبٌ حَدَثَ بعد صِحَّةِ العقدِ، فهو كما يَحْدُثُ مِنَ العيوبِ في الدارِ المستأجرة بعد صحة العقد وقبل انقضاء المدة، فللزواج الخيارُ فيما يَحْدُثُ في النكاحِ كما للمستأجرِ الخيارُ فيما يَحْدُثُ في العقارِ.

ألا ترى إلى قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَأَنْتُمْ بِأَجُورِهِمْ﴾ [النساء: ٢٥]. فَسَمِيَ المهرُ أَجْرًا، ولا يجوزُ أَنْ يُسَمَّى الثمنُ في البيوعِ أَجْرًا، / وإنما يُسَمَّى ذلك فيما كان عقدًا على المنافع لا على الرِّقَابِ، فالنكاحُ في ذلك بمنزلة الشيءِ المؤاجرِ، فَمِنْ أَجْلِ ذلك أَدْخَلْنَا الخيارَ.

(٢) في الأصل: «حدثا». ثم حول إلى المثبت.

(١) في الأصل: «شيئا».

ولهذا المعنى قلنا فيمن تزوج مسلمة ثم ارتدت أو تزوجها أجنبية ثم أرصعت أن النكاح يَنْفَسَخُ لعدم الاستمتاع الذي يُعْقَدُ النكاح من أجله.

ومع ذلك فإنما حُرِّمَ نكاحُ المشتركة قطعاً للولاية بيننا وبينهم، وقطعُ الولاية في الابتداء والمتعقب واحد، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْسِكُوا بَعْضَ الْكَوَاكِيرِ﴾ [المتحة: ١٠]. وذلك بعد تقدم العقد، وكذلك قوله: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٨]. وقوله: ﴿وَلَا أَمَّةٌ مُؤْمِنَةٌ حَتَّىٰ مِنْ مُشْرِكَةٍ﴾ [البقرة: ٢٢١]. فلم يقطع الولاية بيننا وبين الأمة المؤمنة، وقطع الولاية بيننا وبين الحرّة الكافرة، فلذلك استوى ابتداءه ومتعقبه.

فإن قيل: فيلزم على هذا الاعتلال أن يفسخ النكاح إذا أحرمت؛ لأن الإحرام يُوجب منع استمتاعه بها بكل حال كالرّدة والرضاع = فالجواب أنهما لا يشتبهان؛ لأن الإحرام اشتغال بطاعة الله تعالى ينقضي إلى وقت لا يلحق الضرر في المنع من الاستمتاع إلى ذلك الوقت، لأنهما دخلا في النكاح على أداء فرائض الله.

ألا ترى أنها قد تُصلي وتصوم فيحرم الاستمتاع، ولا يُوجب ذلك فسخ النكاح، فكذلك الحج؛ لأن اشتغاله بجميع ذلك لا يُوجب دوام / التحريم.

(١/٩٥)

وكذلك قد تحيض فيحرم الاستمتاع بها، ولا يوجب ذلك حظر النكاح ولا فسخه؛ لأن ذلك أمرٌ ينقضي، ومع ذلك فليس من شأن الرجال الاستمتاع في كل وقت، وإنما يقع ذلك في بعض الأوقات، فلا ضرر في تأخير الاستمتاع أياماً إذا لم يكن ذلك متصلاً، كالعدة التي تطرأ على النكاح فلا تُوجب فسخ النكاح؛ لأن ذلك تحريم أيام ثم تعود إلى أن تصير حلالاً، وليس كذلك الرضاع ولا الرّدة؛ لأن ذلك يوجبان تحريمها مُتَابِعاً، وليس ذلك مما ينقضي بمضي زمان.

فإن قيل: فقد يرجع من رَدَّتْهُ كما يخرج من صَلَاتِهِ وصِيَامِهِ وَحَجَّهِ = قيل: قد أُجِيزَ له المقامُ على نكاحها ما لم يَتَطَاوَلَ رَدَّتْهَا، وهو ما دامت في العدة، فإذا تطاول ذلك صار في معنى المؤبَّد، ومع ذلك فلا يَدْخُلُ في الدِّينِ إِلَّا مَنْ يريد المقامَ عليه مُتَّابِدًا، ولو أسلم إلى وقتٍ لما كان ذلك إسلامًا صحيحًا حتى يَعْتَقِدَ المقامَ عليه أَبَدًا، ولا يدخل أحدٌ في إحرامٍ ولا صِيَامٍ ولا صلاةٍ مُتَّابِدًا، وإنما يَدْخُلُ فيه إلى وقتٍ.

وأما نكاحُ الأمة إذا مَلَكَها زوجها فإنَّ ذلك مما يَنْفَسَخُ به النكاحُ؛ لأنَّ المقْصِدَ في عقدِ النكاحِ استباحةُ الوطئِ، ومِلْكُ اليمينِ أَوْكَدُ في استباحته، لأنَّه يوجب مِلْكَ رَقَبَتِها ومنفعتِها، فَيَدْخُلُ استباحةُ الوطئِ تابعًا، والنكاحُ فلا يَمْلِكُ / به الرقبة، (٩٥ / ب) وإِنَّمَا يَمْلِكُ به المتعة، فَمِلْكُ اليمينِ أَوْكَدُ في مِلْكِهِ مِنْ مِلْكِ النكاحِ، فلذلك قُدِّمَ مِلْكُ اليمينِ على النكاحِ.

ألا ترى أَنَّهُ قد يَمْلِكُ بملكِ اليمينِ مَنْ يَحِلُّ له وطؤها وَمَنْ لا يَحِلُّ له وطؤها، ولا يَمْلِكُ بالنكاحِ إِلَّا مَنْ يَحِلُّ له وطؤها، فَمِلْكُ اليمينِ أَجْمَعُ لِلْمِلْكِ وَأَوْكَدُ مِنَ النكاحِ، إذ لا مَقْصِدَ في النكاحِ إِلَّا مِلْكُ شَيْءٍ واحدٍ، وقال الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ۝٥﴾ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴿[المؤمنون: ٥-٦]، فجَعَلَ له الاستباحةُ بأحدهما، فلا معنى في أن يَطْرَأَ إباحةٌ على إباحةٍ، فَقُدِّمَ مِلْكُ اليمينِ على النكاحِ.

فإن قيل: النكاحُ عندك أَوْكَدُ مِنْ مِلْكِ اليمينِ؛ لأنَّه يُثَبِّتُ حقوقًا لا يُوجِبُهُ مِلْكُ اليمينِ = قيل: النكاحُ أَوْكَدُ مِنْ مِلْكِ اليمينِ في معاني؛ لأنَّ فيه الإيلاءَ والظهارَ واللعانَ والموارِيثَ وغيرَ ذلك، ومِلْكُ اليمينِ أَوْكَدُ في بابِ المِلْكِ فحسبُ؛ لأنَّ مِلْكَ اليمينِ تُمْلِكُ به الرقبةُ والمنفعةُ، والنكاحُ لا يُوجِبُ إِلَّا مِلْكَ المنفعةِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا تَزَوَّجَهَا وَإِنْ مَلَكَ بُضْعَهَا فَلَمْ يَمْلِكْ مَنْفَعَةَ الْبُضْعِ مِنْ جَمِيعِ
الْجِهَاتِ، وَإِنَّمَا مَلَكَ اسْتِمْتَاعَهُ بِهَا فَحَسْبُ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَرَادَ هَبَةَ الْبُضْعِ أَوْ بَيْعَهُ أَوْ تَزْوِيجَهَا مِنْ غَيْرِهِ لَمَّا جَازَ ذَلِكَ، وَلَوْ
مَلَكَ ذَلِكَ بِمِلْكِ الْيَمِينِ ثُمَّ أَرَادَ تَزْوِيجَهَا وَتَمْلِكُ غَيْرَهُ مَنْفَعَةَ بُضْعِهَا لَكَانَ ذَلِكَ
جَائِزًا وَكَانَ عَوَضُ ذَلِكَ لَهُ، وَلَوْ أَرَادَ الزَّوْجُ نَقْلَ ذَلِكَ إِلَى غَيْرِهِ وَأَخَذَ الْعَوَضَ /
عليه لَكَانَ ذَلِكَ عَلَيْهِ حَرَامًا. (١ / ٩٦)

وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَمَلَكَ مَنْفَعَةَ الدَّارِ لَكَانَ لَهُ أَنْ يَهَبَ أَوْ يُؤَاجِرَ مِنْ غَيْرِهِ؛
لَأَنَّهُ مَالِكٌ لِلْمَنْفَعَةِ فَلَهُ أَنْ يَمْلِكَ الْغَيْرَ، وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ لَكَانَ
ذَلِكَ مُحْظُورًا.

فَجَمِيعُ مَا ذَكَرْنَا يُوجِبُ تَقْدِيمَ مِلْكِ الْيَمِينِ عَلَى النِّكَاحِ فِي الْمِلْكِ وَفِي اسْتِبَاحَةِ
الْوُطْئِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَإِذَا كَانَ الْمَعْنَى فِي شِرَائِهَا لَهَا مَا ذَكَرْتُمْ لِأَنَّهُ يَسْتَبِيحُ وَطْئُهَا بِمِلْكِ
الْيَمِينِ فَلِمَ فَسَخْتُمْ نِكَاحَهُ إِذَا اشْتَرَتْهُ امْرَأَتُهُ؟ فَفَسَخْتُمْ النِّكَاحَ فِي مَوْضِعٍ لَا يُسْقَاطُ
بِهِ إِبَاحَةُ الْوُطْئِ مِنْ جِهَةِ مِلْكِ الْيَمِينِ = فَالْجَوَابُ أَنَّا فَسَخْنَا النِّكَاحَ فِيهَا^(١) إِذَا
اشْتَرَتْهُ بِغَيْرِ الْمَعْنَى الَّذِي فَسَخْنَا إِذَا اشْتَرَاهَا.

فَأَمَّا الْفَسْخُ مِنْ أَجْلِ شِرَائِهَا لَهَا = فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

وَأَمَّا الْفَسْخُ مِنْ أَجْلِ شِرَائِهَا لَهُ = فَلَأَنَّهَا تَمْلِكُ رَقَبَتَهُ بِشِرَائِهَا لَهُ، فَلَا يَجُوزُ
أَنْ تُنْسَبَ - بَعْدَ أَنْ صَارَ مَمْلُوكًا لَهَا عَلَى الْإِطْلَاقِ - إِلَى أَنَّهَا مِلْكُهُ، وَإِذَا أَجْزَأَ
النِّكَاحَ بَعْدَ مِلْكِهَا لَهُ فَقَدْ نَسَبْنَاهَا إِلَى أَنَّهَا مِلْكُهُ بَعْدَ أَنْ حَكَمْنَا لَهَا بِمِلْكِهِ مِنْ جَمِيعِ

(١) فِي الْأَصْلِ: «فِيمَا»، ثُمَّ ضُرِبَ عَلَيْهِ وَكُتِبَ فِي هَامِشِهِ مَصْحُوحًا: «فِيهَا».

الجهات، فيصير مالكا مملوكا، وذلك محال، فإذا استحال أن يكون مالكا مملوكا
فلذلك أبطلنا النكاح؛ لأن إزالة الملك من جهة ملك اليمين لا سبيل إليه، وإذا
صح ملكها له من حيث لم يمكن إزالته لم يجز أن يضم إلى ذلك أن يكون مالكا
لها بوجه، والله أعلم.

والوجه الثاني: إن ملك اليمين أوكد في إباحة الوطئ من النكاح؛ لأن ملك /

اليمين يأتي على الرقبة والمنفعة، والنكاح إنما يأتي على المنفعة، فلما كانت هي
إذا ملكته من جهة ملك اليمين لم يكن لها سبيل إلى استباحة وطئه لها من جهة
ملك اليمين الذي هو أوكد السببين، فكذلك لا سبيل لها ما دام في ملكها إلى
استباحة الوطئ من جهة النكاح؛ لأنه أضعف السببين، واستباحة الوطئ في غير
ملك كاستباحة الإجارة في غير ملك، فإذا ملك الرقبة فلا استباحة بالإجارة محال،
فكذلك التزويج في غير ملك هو ملك للمنفعة، فأى الزوجين ملك رقبة صاحبه
فاستباحة المنفعة بعد ذلك بعقد نكاح محال، والله أعلم.

فإن قيل: فإذا فسختم النكاح ولم تبسحوا الوطئ بملك اليمين فقد صار الوطئ
محظورا بكل حال = قيل: يجوز ذلك كما يجوز في المشرقات أن يحرم وطئهن
بكل حال إذا كن وثنيات ثم قد يحل نكاح الحرائر من بعضهن دون الإماء، ويحل
النكاح وملك اليمين من بعض، على حسب المعاني الموجبة للتحريم والتحليل،
فكذلك يجوز أن تبقى هذه محرمة عليه إلى أن يزول ملكها عنه، فيحل له استباحة
وطئها حيثئذ، والله أعلم وأحكم.



قال المزني: نكاح المجوسية جائز، واختجَّ بأن اليهود والنصارى والمجوس كانوا في المنع وفي أن حُوربوا سواء، وفي أن أخذ منهم الجزية / سواء، فكذاك الحكم عليهم سواء، ولما قال النبي صلى الله عليه وسلم: «سُنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ»^(١)، فإن كانوا من أهل الكتاب فالحكم واحد عليهم، وإن كانوا ليس من أهل الكتاب وقد قال: «سُنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» فقد جعل السُّنَّةَ فيهم واحداً^(٢)، كما قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»^(٣)، فجعل ما يحرم من الرضاع كما يحرم من النسب، فقد أشبه حكم المجوس والنصارى واليهود في حقن الدِّم بإعطاء الجزية.

فانظر في ذلك بَثْبُتٍ، وأنا مُسْتَخِيرٌ الله في هذا القول، وإيَّاه نَسَلُ التوفيق.



(١) أخرجه مالك، ومن طريقه الشافعي، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال: ما أدري كيف أصنع في أمرهم؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: «سُنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ». انظر «معركة السنن والآثار» للبيهقي (٣٦٥ / ١٣) و«التلخيص» للحافظ (٢٣٢٢ / ٥).

(٢) في الأصل: «واحد».

(٣) أخرجه البخاري (٢٦٤٦) ومسلم (١٤٤٤) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

قال أبو إسحاق:

فالجواب

إنَّ مذهبَ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ وجماعةٍ مِنَ الأئمةِ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ جَوَّازُ أَخْذِ الجُزْيةِ مِنَ المَجُوسِ والامْتِناعُ مِنْ نِكَاحِهِمْ وأَكْلِ ذَبَائِحِهِمْ.

والأَصْلُ في هذا البابِ عنده أَنَّهُ لا يجوزُ الإقدامُ على نِكَاحِ أَحَدٍ مِنَ المَشْرَكَاتِ بعد قولِهِ عزَّجَلَّ: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّى تُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢١] إِلَّا بِأَنْ يُعْلَمَ أَنَّهُنَّ مِمَّنِ اسْتُثْنِيْنَ بقولِهِ: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥]، فالتَّحْرِيمُ مطلقٌ والإباحةُ مُقَيَّدَةٌ بشرطٍ، فَمَنْ عَرَفْنَاهُ كِتَابِيًّا أَبْحَنَّا نِكَاحَهُ، وَمَنْ أَشْكَلَ عَلَيْنَا أَمْرُهُ فَهُوَ عَلَى الْحَظَرِ، وَكَذَلِكَ ذَبَائِحُهُمْ، وَكَذَلِكَ دِمَاؤُهُمْ، لا يجوزُ أَنْ يُسْتَبَاحَ مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ^(١) إِلَّا بِالْأَوْصَافِ الَّتِي ذَكَرَهَا اللهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى، فَمَنْ عَرَفْنَاهُ بِذَلِكَ جَمَعْنَاهُ فِيهِ الْأَحْكَامَ الثَّلَاثَةَ / فِي اسْتِبَاحَتِهَا، وَمَنْ عَلِمْنَا أَنَّ ذَلِكَ مِنْهُ مُحْظُورٌ امْتَنَعْنَا، وَمَنْ أَشْكَلَ عَلَيْنَا أَمْرُهُ وَلَمْ نَجِدْ فِي الْكِتَابِ وَلَا السُّنَّةِ بَيَانَ أَمْرِهِ فَهُوَ عَلَى التَّحْرِيمِ، فَلَمْ يَجُزْ لَنَا الإقدامُ عَلَى سَفْكِ دَمِهِ، وَلَا عَلَى أَكْلِ طَعَامِهِ، وَلَا عَلَى نِكَاحِ نِسَائِهِ.

والذي يَتَبَيَّنُ لَنَا أَمْرُهُمْ فِي الْقُرْآنِ فِي الْأَحْكَامِ الثَّلَاثَةِ - وَهُوَ النِّكَاحُ، وَأَخْذُ الْجُزْيَةِ، وَأَكْلُ الذَّبَائِحِ - هُمْ أَهْلُ الْكِتَابِ، وَقَدْ نَصَّ اللهُ عزَّجَلَّ أَنَّ الْإِنْجِيلَ أُنْزِلَ عَلَى عِيسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ وَأَنَّ أَهْلَهُ النَّصَارَى، وَأَنَّ التَّوْرَةَ أُنْزِلَ عَلَى مُوسَى وَأَنَّ أَهْلَهُ الْيَهُودُ، وَأَخْبَرَ أَنَّهُ أُنْزِلَ الزَّبُورُ عَلَى دَاوُدَ وَلَمْ يُبَيِّنْ أَهْلَهُ، وَكَذَلِكَ مَا أُنْزِلَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ الْخَلِيلِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَلَمْ يُبَيِّنْ أَهْلَهُ، فَمَا نَصَّ عَلَى أَنَّهُ أُنْزِلَ عَلَيْهِ كِتَابًا وَبَيَّنَّ

(١) فِي الْأَصْلِ: «شَيْئًا».

أَهْلَ ذَلِكَ الْكِتَابِ وَلَمْ يُعَرَّفْنَا أَهْلَهُ الْمُتَمَسِّكِينَ بِهِ فَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِكِتَابٍ مِنَ الْكِتَابِ وَأُمَكَّنَ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا وَأُمَكَّنَ أَنْ يَكُونَ كَاذِبًا لَمْ يَجُزْ لَنَا اسْتِبَاحَةُ فَرْجٍ وَلَا طَعَامٍ بِقَوْلِهِ حَتَّى يَصِحَّ ذَلِكَ بِقَوْلِ مَنْ يَجُوزُ لَنَا قَبُولُ قَوْلِهِ، وَكَانَ السَّبِيلُ فِي ذَلِكَ التَّوْقِيفُ وَتَغْلِيْبُ الْاِمْتِنَاعِ وَالْحَظَرِ حَتَّى يُعْلَمَ صِحَّةُ ذَلِكَ بِدَلِيلٍ مِنَ كِتَابٍ أَوْ سُنَّةٍ أَوْ إِجْمَاعٍ، وَكَذَلِكَ عَلَيْنَا الْاِمْتِنَاعُ مِنْ دِمَائِهِمْ تَغْلِيْبًا^(١) لِلتَّحْرِيمِ.

وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ فَقَدْ زَعَمَ الْمَجُوسُ أَنَّهُ كَانَ لَهُمْ كِتَابٌ^(٢)، وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: «كَانَ لَهُمْ كِتَابٌ^(٣) فَرُفِعَ»^(٤)، فَإِنْ صَحَّ ذَلِكَ صَحَّ أَنَّهُمْ أَهْلُ كِتَابٍ كَالنَّصَارَى / وَالْيَهُودِ، وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ ذَلِكَ وَلَيْسَ فِي أَيْدِيهِمْ كِتَابٌ^(٥) نَعْرِفُهُ وَلَا يَدْعُونَ إِلَى تَعْرِفِهِ فَكَانَ أَمْرُهُمْ مُشْكِلًا يَحْتَمِلُ الصَّدْقَ وَالْكَذِبَ، فَغَلَبَ التَّحْرِيمُ فِي أَمْرِهِمْ، وَامْتَنَعَ مِنْ دِمَائِهِمْ، وَكَانَ امْتِنَاعُنَا مِنْ دِمَائِهِمْ عَلَى أَنْ يُقِيمُوا فِي بِلَادِنَا

(١) رَسْمُ الْأَصْلِ: «تَعْلَمُنَا».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «كِتَابًا».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «كِتَابًا».

(٤) أَخْرَجَهُ الشَّافِعِيُّ عَنْ سَفْيَانَ، عَنْ أَبِي سَعْدٍ سَعِيدِ بْنِ الْمَرْزَبَانِ، عَنْ عَيْسَى بْنِ عَاصِمٍ، قَالَ: قَالَ فُرُوهُ بْنُ نُوْفَلٍ الْأَشْجَعِيُّ: عَلَامٌ تَتَّخِذُ الْجَزْيَةَ مِنَ الْمَجُوسِ وَلَيْسُوا أَهْلُ كِتَابٍ؟ فَقَامَ إِلَيْهِ الْمُسْتَوْدُودُ فَأَخَذَ يَلْبِيهِ، فَقَالَ: يَا عَدُوَّ اللَّهِ، تَطْعَنُ عَلَى أَبِي بَكْرٍ وَعَمْرٍو وَعَلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ - يَعْنِي: عَلِيًّا - وَقَدْ أَخَذُوا مِنْهُمْ الْجَزْيَةَ، فَذَهَبَ بِهِ إِلَى الْقَصْرِ، فَخَرَجَ عَلَيَّ عَلَيْهِمَا فَقَالَ: الْبَدَا، فَجَلَسَا فِي ظِلِّ الْقَصْرِ، فَقَالَ عَلِيٌّ: أَنَا أَعْلَمُ النَّاسَ بِالْمَجُوسِ، كَانَ لَهُمْ عِلْمٌ يَعْلَمُونَهُ، وَكِتَابٌ يَدْرُسُونَهُ، وَإِنْ مَلَكَهُمْ سَكْرٌ فَوْقَ عَلَى ابْنَتِهِ أَوْ أُخْتِهِ، فَاطْلَعَ عَلَيْهِ بَعْضُ أَهْلِ مَمْلَكَتِهِ، فَلَمَّا صَحَا جَاءُوا يُقِيمُونَ عَلَيْهِ الْحَدَّ، فَامْتَنَعَ مِنْهُمْ، فَدَعَا أَهْلَ مَمْلَكَتِهِ، فَلَمَّا أَتَوْهُ قَالَ: تَعْلَمُونَ دِينًا خَيْرًا مِنْ دِينِ آدَمَ وَقَدْ كَانَ يُنْكِحُ بَنِيهِ مِنْ بَنَاتِهِ؟ وَأَنَا عَلَى دِينِ آدَمَ، مَا يَرِغِبُ بِكُمْ عَنْ دِينِهِ؟ فَبَايَعُوهُ وَقَاتَلُوا الَّذِينَ خَالَفُوهُمْ حَتَّى قَتَلُوهُمْ، فَأَصْبَحُوا وَقَدْ أُسْرِِيَ عَلَى كِتَابِهِمْ، فَرُفِعَ مِنْ بَيْنِ أَظْهَرِهِمْ، وَذَهَبَ الْعِلْمُ الَّذِي فِي صُدُورِهِمْ، وَهُمْ أَهْلُ كِتَابٍ. انْظُرْ «مَعْرِفَةُ السَّنَنِ وَالْآثَارِ» لِلْبَيْهَقِيِّ (١٣ / ٣٦٦)، وَأَخْرَجَهُ عَبْدِ الرَّزَّاقِ فِي «الْمَصْنَفِ» (رَقْمٌ: ١٠٨٧٣) مِنْ حَدِيثِ سَفْيَانَ بِهِ.

(٥) فِي الْأَصْلِ: «كِتَابًا».

بلا عوضٍ لا سبيلَ إليه، ولنا أن نأخذَ المالَ ممن يَبْذُلُهُ مِن كُتَابِيّ وَغَيْرِ كُتَابِيّ، فَلَمَّا كَانَ أَخْذُ الْمَالِ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ مُبَاحًا وَكَانَ تَرْكُهُمْ فِي بِلَادِنَا بِلَا عَوَضٍ لَيْسَتْوَ طُنُوهَا مُحْظُورًا أَذَّتِ الضَّرُورَةُ إِلَى أَخْذِ الْجِزْيَةِ مِنْهُمْ؛ لَوْ قُوعِ الشُّبْهَةِ فِي أَمْرِهِمْ، وَوُجُوبِ الْامْتِنَاعِ مِنْ قَتْلِهِمْ، وَوَجِبَ أَيْضًا الْامْتِنَاعُ مِنْ نِكَاحِهِمْ وَأَكْلِ ذَبَائِحِهِمْ.

ومما يَدُلُّ أَنَّهُمْ لَمْ يُعْرِفُوا بِأَنَّهُمْ أَهْلُ كِتَابٍ^(١) قَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي جَمَاعَةِ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ: «مَا نَذَرِي مَا نَقُولُ فِي أَمْرِ الْمَجُوسِ». فَلَوْ كَانَ عِنْدَهُمْ أَنَّهُمْ أَهْلُ كِتَابٍ لَمَّا وَقَفُوا وَلَدَرَوْا مَا يَقُولُونَ فِي أَمْرِهِمْ، فَلَمَّا أَخْبَرَهُمْ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَالَ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» أَخَذَ الْجِزْيَةَ حِينَئِذٍ مِنْهُمْ.

وَإِنَّمَا خَرَجَ كَلَامُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَمَا أَخْبَرَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الْجِزْيَةِ، وَظَاهِرُ ذَلِكَ إِذَا قَالَ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» أَنَّهُ لَمْ يَعْرِفْهُمْ أَهْلَ كِتَابٍ، وَلَوْ عَرَفَهُمْ لَأَخْبَرَ أَنَّهُمْ أَهْلُ كِتَابٍ، وَلَمْ يُحْتَاجْ إِلَى أَنْ يَقَالَ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ»، وَظَاهِرُ الْقَوْلِ بِأَنْ يُسَنَّ بِهِمْ سُنَّتَهُمْ / أَنَّهُمْ غَيْرُهُمْ، إِذْ لَا يُقَالُ: سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَنْفُسِهِمْ، وَإِذَا خَرَجَ الْكَلَامُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْجِزْيَةِ، وَكَانَ ظَاهِرُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُمْ مِنْهُمْ، وَإِنَّمَا أَلْحَقَ حُكْمَهُمْ بِحُكْمِهِمْ لَمَّا أَشْكَلَ أَمْرُهُمْ = فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَصْدًا إِلَى أَنْ يُبَيَّنَّ أَنَّ كُلَّ مَنْ أَشْكَلَ أَمْرُهُ فَالْوَاجِبُ أَخْذُ الْجِزْيَةِ مِنْهُ تَغْلِيظًا^(٢) لِلْحَظَرِ عَلَى الْإِبَاحَةِ، وَهَذَا الْمَعْنَى يُوجِبُ الْكَفَّ عَنْ نِكَاحِهِمْ وَعَنْ أَكْلِ ذَبَائِحِهِمْ تَغْلِيظًا لِلتَّحْرِيمِ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «بِأَهْلِ كِتَابٍ»، ثُمَّ حَوْلَ إِلَى: «بِأَنَّهُمْ أَهْلُ كِتَابٍ».

(٢) كَذَا فِي الْأَصْلِ، وَلَعَلَّهُ: «تَغْلِيظًا».

وقد يحتمل أن يكون معنى قوله: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» لَأَنَّهُ عَلِمَ أَنَّهُمْ مِنْهُمْ وَلَمْ يَعْرِفُوا هُمْ أَمْرَهُمْ مَا عَرَفَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ، فَيَكُونُ مَعْنَى قَوْلِهِ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» الَّذِينَ تَعْرِفُونَهُمْ لِأَنَّهُمْ مِنْهُمْ، فَإِنْ صَحَّ ذَلِكَ كَانَ الْحُكْمُ فِي نِكَاحِهِمْ وَذَبَائِحِهِمْ وَأَخْذِ الْجَزْيَةِ مِنْهُمْ كَالْيَهُودِ وَالنَّصَارَى، وَيَكُونُ جَمِيعُ ذَلِكَ مَبَاحًا^(١).

وَلَكِنْ تَوَقَّفَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ لَهُ هَذَا الْوَجْهُ دُونَ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، فَعَمِلَ بِالْإِحْتِيَاظِ وَغَلَّبَ التَّحْرِيمَ حَتَّى يَقُومَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالْخَبَرِ الْوَجْهُ الثَّانِي فَيُبَيِّحَ الْجَمِيعَ حَيْثُ نَزَلَ.

وهذا الوجه هو أَصَحُّ وَأَحْوَطُ، وَهُوَ الَّذِي عَلَيْهِ جَمَاعَةُ الْأُئِمَّةِ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَهْلِ الْحِجَازِ وَالْعِرَاقِ وَالشَّامِ، لَا مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْمِزْنِيُّ، بَلْ ذَلِكَ مَذْهَبٌ شَاذٌ لَا يَصِحُّ عَنْ كَبِيرٍ أَحَدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ وَلَا مَنْ بَعْدَهُمْ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



(١) فِي الْأَصْلِ: «مَبَاحٌ».

٢٩ مسألة [ولد الأمة إذا أنت به بعد الاستبراء]

قال المزمي: جعل الشافعي رَحْمَةُ اللَّهِ / العِدَّةَ في الزوجة استبراءً وتَعَبُّدًا، وفي الأمة إذا اشْتَرِيَتْ أَنَّهَا لَا تُوطَأُ إِلَّا بِحِيضَةٍ أو بشهرٍ فيه استبراء وتعبد، وجَعَلَ لِلأمة إذا وَطِئَتْ فِرَاشًا يَلْزَمُ مَوْلَاهَا وَلَدُهَا ما لم يَسْتَبْرِئْهَا، فإن جاءت بوليدٍ لِحَقِّه، كما مرَّ أنه إذا جاءت بوليدٍ لِحَقِّه.

وزَعَمَ أَنَّ امرأته إذا اعتَدَّتْ بثلاثة قُرُوءٍ وَحَلَّتْ^(١) للأزواج فلم تَتَزَوَّجْ حتى أَتَتْ بوليدٍ لأربع سنين أَنَّهُ لَا حَقَّ به؛ لَأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ وَلَدٌ مِنْ فِرَاشِهِ، وَأَنَّ الأمة إذا اعتَدَّتْ بِحِيضَةٍ ثُمَّ جَاءَتْ بوليدٍ لأربع سنين أَنَّهُ لَيْسَ بِلَا حَقِّ، وهما فراشان، فما الفرقُ بينهما؟ فإن جاءت امرأته بعد انقضاء عِدَّتِهَا بوليدٍ لأقلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ عُلِمَ أَنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا فِي الْعِدَّةِ وَيَلْحَقُ الْوَلَدُ، وكذلك إِنْ جَاءَتْ الأمة بعد حِيضَةٍ بوليدٍ لأقلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ عُلِمَ أَنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا فِي حِينِ الْحِيضَةِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللَّهِ يَقُولُ: «إِنَّ الْحَامِلَ تَحِيضٌ»، فإذا كَانَ وَلَدَاهُمَا يَلْحَقَانِ بعد انقضاء الْعِدَّةِ لأقلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فالقياسُ عَلَى معناه أَنْ يَلْحَقَاهُ لأربع سنين، أو لَا يَلْحَقَاهُ إِذَا مَضَى لهُمَا بعد الْعِدَّةِ وَالْحِيضَةِ مَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنْ غَيْرِهِ، وَهُوَ سِتَّةُ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا، وَلَا أَعْلَمُ فِي الأمة حَامِلًا أَنَّهَا إِذَا اسْتَبْرَأَتْ بِحِيضَةٍ ثُمَّ جَاءَتْ بوليدٍ لأكثرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا أَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ، فَتُسَبِّهُهَا الْمُعْتَدَّةُ فِي هَذَا الْمَعْنَى إِذَا جَاءَتْ بوليدٍ لأكثرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا أَنْ لَا يَلْحَقَهُ كَمَا لَمْ يَلْحَقَهُ وَلَدُ الأمة وقد كَانَتْ فِرَاشًا لَهُ.

فَتَفَهَّمْ / ذَلِكَ وَانْظُرْ فِيهِ نَظْرًا شَافِيًّا، فَمَا اسْتَبْنَتْ فِيهِ مِنْ حَقٍّ قَلْتَ بِهِ، وَمَا أَشْكَلَ عَلَيْكَ وَقَفْتَ فِيهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكَ.

(١) رسم الأصل: «قر وحلت». فيحتمل أن تكون الواو من كلمة: «قروء»، ويحتمل أن تكون حرف عطف مع خلل في كلمة: «قروء».

فالجواب

إنَّ مذهبَ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ في الحُرَّةِ إذا انقضتِ عِدَّتُها ثُمَّ أَتَتْ بولِدٍ إلى تمامِ أربعِ سنينَ أنَّ ذلكَ يُلْحَقُ بالزوجِ، وفي الأَمَةِ إذا أَتَتْ بولِدٍ بعدَ انْتِقَالِ المِلْكِ ووُقُوعِ الاستبراءِ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لم يُلْحَقْ بالسَّيِّدِ الأوَّلِ، وأنَّ مِلْكَ اليمينِ في ذلكَ مُفَارِقٌ لأمرِ النِّكَاحِ؛ لأنَّ النِّكَاحَ لا يجوزُ أنْ يُعْقَدَ إلَّا على ما يكونُ فِرَاشًا، ومَنْ لا يجوزُ فِرَاشًا لم يَحِلَّ له عقدُ النِّكَاحِ عليه، ومِلْكُ اليمينِ يَنْعَقِدُ على ما يجوزُ أنْ يكونَ فِرَاشًا وعلى ما لا يجوزُ أنْ يكونَ فِرَاشًا؛ لأنَّ في الشِّراءِ مَقاصِدَ غيرَ الافتِراشِ، ولا مَقْصِدَ في النِّكَاحِ غيرَ الافتِراشِ.

ألا تَرى أنَّه قد يَسْتَبْرِئُ مِنْ ذَوِي رَحِمِهِ مَنْ لا يَحِلُّ له وَطْئُها، ويكونُ المَقْصِدُ في ذلكَ إمَّا صِلَةَ الرَّحِمِ والإِخْراجَ مِنَ الرِّقِّ، وإمَّا التِّجَارَةَ وطلبَ الرِّبْحِ، ومِنْ أَجْلِ ذلكَ جازَ له أنْ يَهَبَ ما يَسْتَبْرِئُ وَيَحْبِسَ وَيَبِيعَ، ولا يجوزُ له في النِّكَاحِ إذا مَلَكَ بُضْعَها أنْ يَهَبَ بُضْعَها ولا يَبِيعَ، وإنَّما مَلَكَ الاسْتِمْتاعَ بِنَفْسِهِ فحَسْبُ، فأَمَّا التَّصَرُّفُ في ذلكَ كما يَتَصَرَّفُ في الأَمْلاكِ فلا يجوزُ، وكذلكَ سائرُ الإِجاراتِ إذا مَلَكَ المُسْتأْجِرُ المَنْفَعَةَ فَله هِبَتُها وبيعُها كما يبيعُ الرِّقابَ إذا مَلَكَ، وقد سَمَّى اللهُ عَزَّجَلَّ المَهْرَ إِجَارَةً بقوله: ﴿فَتَأْتَوْنَهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النِّساء: ٢٤]، فَدَلَّ / على أنَّ المَقْصِدَ في النِّكَاحِ غيرُ المَقْصِدِ في سائرِ العُقُودِ مِنْ شَرَى وإِجَارَةٍ، وأنَّ للنَّاسِ مَقاصِدَ في الشِّراءِ والبيعِ غيرَ الاسْتِمْتاعِ، ولا مَقْصِدَ في النِّكَاحِ غيرَ الاسْتِمْتاعِ.

(١ / ١٠٠)

وإذا ثبتَ ذلكَ صَحَّ أنَّه إذا استبرأها لم تصيرُ فِرَاشًا ولا يُلْحَقُها ولِذَها حتَّى يَعرِفَ أنَّه قد افترشَها فتصيرُ حينئذٍ فِرَاشًا يُلْحَقُها ولِذَها، وإذا تزوجَ حُرَّةً أو أَمَةً فقد صارَها بالعقدِ فِرَاشًا، فإذا أَتَتْ بولِدٍ لوقتٍ يُمكنُ أنْ يكونَ مِنْه لِحِقُّه النِّسْبُ أَقرَّ

بافتراشها أو لم يُقَرَّ؛ لأنَّه لا مَقْصِدَ في النكاح غيرُ الافتراشِ، ولم يَغْقِدَ العقدَ إلَّا لذلك، فألحقنا به ولدها وإن لم يَعْتَرَفْ بوطنها، وأمَّا الأُمَّةُ فإنَّها تُشْتَرَى لوجوهه، فإن أقرَّ أنَّه افترسها لِحَقِّه ولدها للأَمَارَةِ الظاهرة، وهو اعترافه بالافتراشِ، والنكاحُ يُلْحَقُ فيه الولدُ بالإمكانِ وإن لم تكن أَمَارَةُ الوطَنِ.

وإذا صَحَّ الفرقُ بين النكاحِ وبين مِلْكِ اليمينِ في الابتداءِ فيما يُلْحَقُ به ولدهما فكذلك إذا استبرأهما جميعًا وانقضت عِدَّتُهُما فقد عادتا إلى حالتهما الأولى قبل اعترافه بوطنهما^(١)؛ لأنَّ أكثرَ ما يَعْمَلُ الاستبراءُ أن يردَّها إلى الحالةِ الأولى قبل الوطَنِ.

فَلَمَّا كان في ذلك الوقتِ يُلْحَقُ الولدُ في النكاحِ بالإمكانِ كذلك في مُتَعَقِّبه يُلْحَقُ بالإمكانِ، ولا يَزُولُ عنه نسبُ ولدها في المُتَعَقِّبِ إلَّا بِزَوَالِ الإمكانِ، وهو مُجاوِزَةُ / الأربعِ سنينَ، فأما ما أتت به قبل ذلك فهو داخلٌ في الإمكانِ، فسَيَبْلُغُ أن يُلْحَقَ. (١٠٠) ب

وأمَّا ولدُ الأُمَّةِ فإنَّه في الابتداءِ لم يُلْحَقْ بالإمكانِ، وإنَّما لَحِقَ بأَمَارَةِ ظاهرة، وهو اعترافه بافتراشها، فاستبرأوه لها يُزِيلُ ذلك ويردُّها إلى الحالةِ الأولى، وهو الإمكانُ بلا أَمَارَةِ ظاهرة، ولا يُلْحَقُ في مِلْكِ اليمينِ الولدُ بالإمكانِ، وإنَّما يُلْحَقُ بالأَمَارَةِ الظاهرة، فإن أتت به لأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وقتِ الفراقِ بعْتِ أو بِمَوْتِ لِحَقِّه الولدُ، وعُلِمَ أنَّ الدَّمَّ كان دَمَ فَسادٍ أو حيضٍ على الحبلِ، وإن أتت به لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فما زاد لم يُلْحَقْ به للأَمَارَةِ الظاهرة، وهو وقوعُ الاستبراءِ لارتفاعِ الأَمَارَةِ الظاهرة.

ففرَّقَ الشافعيُّ بين مِلْكِ اليمينِ وبين النكاحِ في مُتَعَقِّبِ أمرهما كما فرَّقَ الكلُّ بينهما في ابتداءِ العقدِ؛ لأنَّ مُتَعَقِّبه محمولٌ على ابتداءه، والله أعلم.

(١) في الأصل: «وطنهما»، ثم حول إلى المثبت.

قال المزني رحمه الله: لو كان ما ذكرت من إنكاح^(١) أبي بكر عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه ابنت بنت وبناؤه بها وهي بنت تسع^(٢) دليلاً^(٣) على أن الأب أحق بالبكر من نفسها، ولو كانت إذا بلغت بكراً كانت أحق بنفسها منه = أشبه أن لا يجوز له عليها نكاحها حتى تبلغ فيكون ذلك بإذنها.

لكان بيعه مالها وشراؤه وتدير شيئها^(٤) طفلاً دليلاً^(٥) على أنه أحق ببيع مالها وشري ما يراه لها وتدير شيئها منها، ولو كانت إذا بلغت ورشدت أحق بتدير / شيئها = أشبه أن لا يجوز له تدير مالها حتى تبلغ فيكون ذلك بإذنها. (١/١٠١)

فلما كان قولهم: إنها إذا بلغت ورشدت فهي والرجل سواء، وأنها أحق بشيئها في بيعه وشرائه من أبيها وإن كانت بكراً، لعل أن ذلك كان له في مالها في صغرها، لأنه لا أمر لها في صغرها، فلما بلغت ورشدت وصار لها الإذن في البيع والشري = فذلك فقولوا: إنما أنكحها صغيرة لعل أن ذلك إنما كان له في إنكاحها لأنه لا أمر لها في صغرها، فلما بلغت صارت في معنى من له الإذن في إنكاحها، وقد قال رسول الله صلى الله عليه: «والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها»^(٦)، فلما أجزتم له من بيع مالها ما لو بلغت ورشدت لم يجر ذلك عليها بطل دليلكم فيما ادعيتهم. فتفهموا وفقكم الله.

(١) في الأصل: «نكاح»، ثم زيدت الألف.

(٢) أخرجه البخاري (٥١٣٣) ومسلم (١٤٢٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) رسم الكلمة في مواردنا من كلام المزني في الأصل: «شيئها».

(٣) في الأصل: «دليل».

(٦) أخرجه مسلم (١٤٢١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٥) في الأصل: «دليل».

قال أبو إسحاق:

فالجواب

إن هذه أمورٌ إنما بنينا^(١) على ما جاءت به الشريعة، وإنما يَقَعُ القياسُ على الأصول، فإذا كانت الأصول مختلفةً اختلف القياسُ، ويُنْيَى على كُلِّ أصلٍ من ذلك ما يُشَبِّهُه، وقد يَتَسَاوَى الشيئان^(٢) في الحكم ومعناهما مختلفٌ.

ألا تَرَى إلى قوله صلى الله عليه: «لا يَحِلُّ دَمُ امرئٍ مسلمٍ إِلَّا بِأَحَدِي ثَلَاثٍ؛ كُفْرٍ بعد إيمانٍ، أو زِنًا بعد إحصانٍ، أو قَتْلِ نَفْسٍ بغيرِ نَفْسٍ»^(٣). فقد سَوَّى بين جميع ذلك في الحكم، والأسبابُ التي أَوْجَبَهَا والمعاني التي بنينا^(٤) عليها مختلفٌ.

فكذلك اجتماعُ النكاحِ وبيعِ / المالِ في حالِ الصَّغَرِ لا يَدُلُّ على أَنَّ معنييهما (١٠١/ ب) واحدٌ، وقد يجوزُ أَنْ يَتَّفَقَا في الحكمِ وَيَخْتَلِفَا في المعنى، فيزولُ أحدهما بالبلوغ، وَيَثْبُتَ الآخرُ بعد البلوغ.

وَمِنَ الدَّلِيلِ على أَنَّ ليس معنى البيعِ والشُّرَى معنى النكاحِ في حالِ الصَّغَرِ أَنَّ الأبَّ يجوزُ له أَنْ يبيعَ عليها مَالَهَا وهي ثَيِّبٌ في حالِ الصَّغَرِ، ولا يجوزُ له تَزْوِيجُهَا وهي ثَيِّبٌ وإن كانت صغيرةً، فَدَلَّ على أَنَّ معنييهما مختلفٌ، وَأَنَّ ليس المعنى في إنكاحِها الصَّغَرُ؛ لَأَنَّ المعنى لو كان الصَّغَرُ لجاز ذلك بِكُرٍّ أو ثَيِّبًا.

(١) في الأصل: «بيننا»، ويشبه أن يكون كما أثبتته.

(٢) في الأصل: «الشيئين»، ثم حول إلى: «الشيئان».

(٣) أخرجه بنحوه أبو داود (٤٥٠٢) والترمذي (٢١٥٨) من حديث عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وأخرجه

البخاري (٦٨٧٨) ومسلم (١٦٧٦) من حديث ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بلفظ: «لا يحل دم امرئٍ

مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمارق من الدين التارك الجماعة».

(٤) في الأصل: «بيننا».

وكذلك لو كان المعنى فيها الصُّغَرُ لَأَنْكَحَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ بُلُوغِهَا بِلَا وَلِيٍّ إِذَا رَشَدَتْ، كَمَا تَبِيعُ وَتَشْتَرِي بِلَا وَلِيٍّ إِذَا بَلَغَتْ وَرَشَدَتْ، فَلَمَّا لَمْ يَجْزْ لَهَا فِي بُضْعِهَا بَعْدَ بُلُوغِهَا مَا جَازَ لَهَا فِي مَالِهَا دَلٌّ عَلَى أَنَّ الْمَعْنَى فِي الْمَالِ الصُّغَرُ.

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ لَا نِكَاحَ إِلَّا بُولِيٍّ، صَغِيرَةٌ كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةٌ، بِكَرٍّ كَانَتْ أَوْ ثِيْبًا؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بُولِيٍّ»^(١)، وَلَمْ يَخْصَّ نِكَاحًا دُونَ نِكَاحٍ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْمَالُ، وَإِنَّمَا يُخْتِاجُ فِي مَالِهَا إِلَى غَيْرِهَا إِذَا عَجَزَتْ، وَإِلَّا فَهِيَ وَالرِّجَالُ بِمَنْزِلَةٍ.

وَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ وَصَحَّ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ رَدَّ نِكَاحَ خَنْسَاءٍ زَوَّجَهَا أَبُوهَا وَهِيَ ثِيْبٌ فَرَدَّ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ نِكَاحَهَا^(٢) = دَلٌّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَفْسَخْ ذَلِكَ لِكِبَرِهَا، لِأَنَّهَا كَانَتْ كَبِيرَةً، وَلَوْ كَانَتْ الَّذِي أَوْجَبَ فُسْخَ نِكَاحِهَا سِنَّهَا / ثِيْبًا كَانَتْ أَوْ بَكْرًا لَمَّا كَانَ لِنَقْلِ كَوْنِهَا ثِيْبًا مَعْنَى.

وَنَظِيرُ ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَالَ: «الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»^(٣). وَلَا يَقُولُ أَنَّهَا أَحَقُّ بِنَفْسِهَا إِلَّا وَلَهَا إِذْنٌ، فَإِذَا خُصَّ الثِّيْبُ بِأَنَّهَا أَحَقُّ بِنَفْسِهَا فَقَدْ دَلَّ عَلَى أَنَّ غَيْرَ الثِّيْبِ وَلِيُّهَا أَحَقُّ بِهَا، وَأَنَّ الْمُرَادَ بِذَلِكَ الْأَبُ، لِاتِّفَاقِ الْجَمِيعِ عَلَى أَنَّ سَائِرَ الْأَوْلِيَاءِ لَا يُزَوِّجُوهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا بِكَرٍّ كَانَتْ أَوْ ثِيْبًا.

وَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ عَلِمَ أَنَّ قَوْلَهُ: «وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا» عَلَى اسْتِطَابَةِ النَّفْسِ؛

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢٠٨٥) وَالتِّرْمِذِيُّ (١١٠١) وَابْنُ مَاجَهَ (١٨٨١) مِنْ حَدِيثِ أَبِي مُوسَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ (١٨٨٠) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَيْضًا. وَانْظُرْ «التَّلْخِصَ الْحَبِيرَ» لِلْحَافِظِ (٢٢٧٥ / ٥).

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٥١٣٨) مِنْ حَدِيثِ خَنْسَاءَ بِنْتِ خَذَامٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٣) طَرَفٌ مِنَ الْحَدِيثِ السَّابِقِ تَخْرِيجُهُ أَوَّلُ الْمَسْأَلَةِ.

لأنه لو كان ذلك واجباً لكان الأيّم وغير الأيّم أحقّ بأنفسهما من وليّهما^(١)، وبطل
بذلك فائدة تخصيص الأيّم بأنها أحقّ بنفسها.

وإذا صحّ هذه الأخبار عُلِمَ أنَّ معنى الأب في تزويجها في صغرها غير الصّغر،
وأنّ المعنى في ذلك كونها بكراً، فيستوي في ذلك البالغ وغير البالغ في جواز
نكاحها، كما استوى الصغير والكبير في المنع من إنكاحها إذا كانت ثيباً إلا بإذنها.

* وأمّا ما حكاه من أنّه لو كان لها أمرٌ في نفسها إذا بلغت لأشبهه أن يؤخّر ذلك حتى
تبلغ، وإفساده ذلك بأنّه قد يبيع عليها مالها وإن كان لها أمرٌ في مالها إذا بلغت = فذلك
مُفَارِقٌ لِمَا أَتَى به، واعتلالٌ مَنْ اعتلّ بما حكاه صحيح؛ لأنّ القودَ لَمَّا وجب لها في
صغرها وكان لها في ذلك أمرٌ لم يؤخذ لها القود حتى تبلغ فتأخذ؛ لأنّ القودَ لها مرّةً
واحدةً، / ولا ضررَ في تأخير ذلك، وكذلك النكاح إنّما يُعقّد عليها مرّةً واحدةً ولا
ضررَ في تأخير ذلك إلى أن تبلغ، فأما البيع والشّري فإنّ ذلك يتكرّر في كلّ وقتٍ،
وليس يُعقّد في العمر مرّةً واحدةً، بل يُعقّد ذلك في كلّ وقتٍ كلّما رآه حظاً، لأنّ
الشراء إليه، وبيع ما اشتراه إليه، فالنكاح إذا عقده فقد فات وخرج الأمر عن يده،
وكذلك القود إذا أخذ فقد فات، فالنكاح بالقود أشبهه، لأنّ المال ما فات من وقته لم
يُستدرك، والنكاح إذا كان في العمر مرّةً واحدةً لم يفت بتأخيرهِ إلى أن يُدرك.

فهذا فرق ما بينهما من جهة المعنى، ولو كان لا فرق بينهما من جهة المعنى
وكانت الأصول تُوجب ما ذكرنا لكان لا مدخل للقياس مع الأصول.

وهذه المسألة مذكورة في موضعها مُستقصاة^(٢)، وإنّما ذكرنا من ذلك ها هنا ما
احتجّ إليه من أجل ما أتى به المزيّ رَحِمَهُ اللهُ.

(١) في الأصل: «ولياهما».

(٢) يشير إلى موضعها من «المختصر» للمزيّ (الفقرات: ٢٠١٥-٢٠١٨).

٣١ مسألة [إذا وهبت له صداقها ثم طلقها قبل أن يمسه]

قال الشافعي رحمه الله: وإذا وهبت له صداقها ثم طلقها قبل أن يمسه ففيها قولان: أحدهما: يرجع عليها بنصفه. والآخر: لا يرجع عليها بشيء ملكه.

وقال في كتاب القديم: لا يرجع، قبضته فوهبته له أو لم تقبضه؛ لأن هبتها له كاستهلاكها إياه لو وهبته لغيره، فبأي شيء يرجع عليها فيما صار إليه.

قال المزني: فأشبه الأمرين ما أنا قائل إن شاء الله، فإن صح فاقبلوه، وإن لم يصح فاتركوه.

إذا / وهبت له صداقها فإنما أبرأته منه، وسقط عنه بالإبراء إن لم يكن دفع إليها شيئاً ملكت عينه ثم ملكته إياه فتملك عينه بعد أن ملكت عليه، ولو كان الإبراء كالقبض لزم في مفلس وقف ماله، أو ميّت ثبت عليه ثلاث مئة لكل رجل مئة ولم يترك إلا مئة فالحكم أن لكل واحد منهم ثلث المئة التي تركها الميّت، فلو أبرأ أحدهم الميّت من مئة لبرئ ولم يكن في معنى من قبض من مال الميّت مئة فيحاصه فيها صاحبه، فلمّا كان إذا قبضها حاصاً بها وإذا أبرئ لم يحاص بشيء ثبت أن الإبراء ليس في معنى القبض فافترقا، وإذا افترقا افترق حكمهما.

ففي هذا القياس إن كانت قبضت المهر فقد ملكت عينه، وإن وهبت له فقد ملكته إياه عيناً ملكاً جديداً من وجه غير وجه الإبراء، فإن طلقها بعد ملكها مهرها والخروج إليها وقبضته تاماً وافياً ثم أتلّفته من غير وجه البراءة فله عليها نصف ما أعطاه.

فانظروا في ذلك نظراً شافياً، فإن صح فأمضوه، وإن بطل فذرّوه، وسلّوا الله التوفيق، واقصدوا بالعلم إليه يوفّقكم^(١).

(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٢٢١٢).

قال أبو إسحاق:

﴿فالجواب ونسّل الله التوفيق﴾

إنَّ قولَ الشافعيّ قد اختلفَ في هذه المسألة إذا وهبت له ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدخولِ،
فخرَجَ المسألة على قولين:

أحدهما: ما اختاره المزيُّ من أنَّ الوجهَ الذي رَجَعَ إليه غيرُ الوجهِ / الذي (١٠٣/ ب)
وَجَبَ له أخيراً، وَمَنْ مَلَكَ شيئاً بوجهٍ لم يُنْقَلْ إلى غيره ولا يُحْتَسَبُ به مِنْ ما
سِواه، إِلَّا أن يكونَ الوجهُ الذي مَلَكَ وجهاً فاسداً لا يَقَعُ له به مِلْكٌ، فيَجُوزُ أن
يُنْقَلَ إلى غيره مما يجوزُ، فأَمَّا إذا كان ذلك تملكاً صحيحاً بوجهٍ صحيحٍ فكيف
يجوزُ أن يُنْقَلَ ذلك إلى وجهٍ لم يكن ذلك الوقتَ واجباً، وإنَّما حَدَثَ وجوبُهُ بعد،
لأنَّ الزوجَ إنَّما يجب له نصفُ الصِّدَاقِ بالطلاقِ، وهَبْتُها له قد سبق ذلك، فلا
سبيلَ إلى نقلِ ذلك المِلْكِ عن وجهه إلى غيره.

ومما يُؤَيِّدُ ذلك أنَّه لو اشترى سلعةً بثمنٍ إلى أجلٍ، ثُمَّ وهب المشتري السلعةَ
مِنَ البائع وقبضَها منه، ثُمَّ أفلس المشتري بالثمنِ = لم يختلف قولُ الشافعي أنَّ
البائعَ يَدْخُلُ مع الغرماءِ في ثمنِ السلعةِ وإن كانت السلعةُ قد رجعت إليه مِنْ قبْلِهِ
بلا ثمنٍ، وأنَّه لا يجوزُ أن يقولَ قائلٌ: الجاريةُ قد رَجَعَتْ إليه فلا مُطالبةَ، بل له
المطالبةُ مع حصولِ الجاريةِ؛ لأنَّ السببَ الذي به رَجَعَتْ غيرُ السببِ الذي به
وَجَبَ له الحقُّ، فله أن يَضْرِبَ مع الغرماءِ بالثمنِ، فكذلك الزوجُ إذا رَجَعَ إليه
المهرُ بهبَتْها له ثُمَّ طَلَّقَهَا فإنَّما رجع إليه بسببٍ غيرِ السببِ الذي وجب له بالطلاقِ،
ولم يكن السببُ الذي وجب له - وهو الطلاقُ - موجوداً^(١) في حالِ الهبةِ، فله
الرجوعُ بالمهرِ كما كان للبائع الدخولُ مع الغرماءِ وإن كانت السلعةُ في يده.

(١) في الأصل: «موجود».

والقول الثاني: أن لا رجوع / له عليها ولا مطالبة؛ لأنَّ المِلْكَ في المهر إذا وقع العقد غير مُسْتَقَرٍّ حتى يَحْصُلَ الدخول، فربَّما بَطَلَ الكُلُّ بالرضاع والردَّة، وربَّما بَطَلَ النصف بالطلاق، فكأنَّه شيءٌ غير مُسْتَقَرٍّ، وإنَّما يُعْلَمُ اسْتِقْرَارُهُ بالدخول، فإذا طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ فإنَّما حَصَلَ لها نصفُ المهر، والنصفُ الآخرُ لم يَسْتَقَرَّ، فكأنَّها عَجَّلَتْ له ما كان يَجِبُ له قبل الطلاق، كما أنَّ وجوبَ الزكاة مُتَعَلِّقٌ بالحوْلِ وجُعِلَ له تَعْجِيلُهُ قبل وجوبه، فكذلك يجب له نصفُ الصَّدَاقِ بالطلاق فكأنَّها عَجَّلَتْ به قبل وَقْتِهِ.

ومن قال بهذا القولِ فَرَّقَ بين الصَّدَاقِ وبين الشَّرَى والبيع؛ لأنَّ المِلْكَ في البيع مُسْتَقَرٌّ، ألا تَرَى أَنَّ السلعة لو تَلَفَتْ في يَدِ المشتري ثُمَّ أَفْلَسَ لم يكن له المطالبة بالقيمة؛ لأنَّ مِلْكَ المشتري كان عليه مُسْتَقَرًّا^(١)، وفي المهر لو تَلَفَ النصف الذي جُعِلَ له لكان له المطالبة بالقيمة، فأشبهَ ذلك القرض الذي إذا أَتْلَفَ فله المطالبة بالقرض، ولو وَهَبَ المُسْتَقْرِضُ ذلك للمُقْرِضِ لم يكن له المطالبة به ثانيًا، وذلك نحو ما يُفَرِّقُ بين هِبَةِ الأب لابنه وبين القرض^(٢) وإن كان الأبُّ له الرجوع كما للمُقْرِضِ الرجوع، فإنَّ مِلْكَ الأبِّ لابنه تامٌّ إلى أن يَرْجِعَ، والدليلُ على ذلك أنَّه لو تَلَفَ في يَدِ الابنِ لم يكن للأب الرجوع بالقيمة، وأمَّا القرضُ فمِلْكَ المُسْتَقْرِضِ غير تامٍّ ولا مُسْتَقَرٌّ، ودليلُ ذلك أنَّه لو تَلَفَ في يَدِهِ لكان له المطالبة بالقيمة، ولذلك فُرِّقَ بين استقراضِ الجَوَارِي وبين هبة الأب لابنه جارية، وهذا الفرقُ نحو ذلك الفرقِ.

وفي هذه المسألة قولٌ آخرُ قد ذكرنا ذلك في «كتاب الشرح» في موضعه، ولم يَعْرِضْ المِزْنِيُّ له ها هنا فيُحْتَاجُ إلى ذكره، والله ولي التوفيق.

(١) في الأصل: «مستقر».

(٢) في الأصل: «المرض».

﴿ ٣٢ ﴾ مسألة [إذا ألى من امرأته ثم جن فأصابها مجنوناً]

قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: إذا ألى الرجل من امرأته ثُمَّ جُنَّ فأصابها مجنوناً أَنَّهُ قد خَرَجَ مِنَ الإِيْلَاءِ ولا كفارة عليه؛ لأنَّه مجنونٌ.

قال المزني: القياس عندي وبالله التوفيق أَنَّهُ إذا خرج من الإيلاء خُرُوجَ الذي ليس بمجنونٍ كانت الكفارة عليه كهي على الذي ليس بمجنونٍ؛ لأنَّهما اجْتَمَعَا في الخروجِ مِنَ الإيْلَاءِ ولم يَخْتَلِفَا في ذلك لاختلاف الجنون والصحة، وكذلك لا يختلفان في الكفارة لاختلاف الجنون والصحة، لأنَّ^(١) فَعَلَهُ مجنوناً كلاً فِعْلٌ، كما تقول: لو حلف أن لا يدخل الدارَ فدَخَلَهَا مجنوناً أَنَّهُ ليس بحانثٍ، كأنَّه مُضْطَرٌّ.

واحتَجَّ بأنَّ رسولَ الله صلى الله عليه قال: «وُضِعَ الْقَلَمُ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفَبِّقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ»^(٢). فيقال لمن قال بقوله: لا يَخْلُو ذلك من إحدى منزلتين: إمَّا أن يكونَ لا قَلَمَ يَجْرِي عليه في المائِم، أو لا حُكْمَ يَجْرِي عليه بحالٍ. فإن كان لا حُكْمَ يَجْرِي عليه بحالٍ لم يكن خارجاً مِنَ الإيْلَاءِ في الحكمِ كخُرُوجِ / الصحيح في الحكمِ، فلمَّا جعل له حكماً كالصحيح لَزِمَهُ أن يجعلَ له (١٠٥ / أ) حكماً في الكفارة كالصحيح.

(١) في الأصل: «لا أن»، ويشبه أن يكون ما أثبتته هو الصواب.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٩٨) والنسائي (٣٤٣٢) وابن ماجه (٢٠٤١) من حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر». وأخرجه أبو داود (٤٤٠٢) والترمذي (١٤٢٣) والنسائي (الكبرى: ٧٣٤٤) وابن ماجه (٢٠٤٢) من حديث علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: «لقد علمت أن رسول الله ﷺ قال: رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المعتوه حتى يبرأ». وانظر «التلخيص الحبير» للحافظ (٥١٠ / ٢).

ويقال له: أَخْبِرْنَا عَنْ رَجُلٍ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ لَا يَدْخُلُ لِرَجُلٍ بَيْتًا ثُمَّ نَامَ الْحَالِفُ فَدَخَلَ الدَّارَ الْحَالِفُ أَتْرَعُمُ أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ لِأَنَّ الْقَلَمَ عَنْهُ مَرْفُوعٌ، وَلَا أَعْلَمُ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْفَقْهِ يَخْتَلِفُ فِي أَنَّهُ حَانِثٌ وَإِنْ كَانَ نَائِمًا؛ لِأَنَّ يَمِينَهُ كَانَتْ فِي يَقْظَتِهِ، فَلَزِمَتْهُ الْكُفَّارَةُ وَإِنْ كَانَ نَائِمًا، فَكَذَلِكَ عَقْدُ يَمِينِ الصَّحِيحِ فِي صِحَّتِهِ، فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ الْكُفَّارَةُ وَإِنْ كَانَ مَجْنُونًا، فَقَدْ اسْتَوَى جَمِيعًا فِي عَقْدِ الْيَمِينِ وَهُمَا مُسْتَيَقِظَانِ صَحِيحَانِ، فَكَذَلِكَ يَعْتَدِلَانِ إِذَا كَانَ الْحِنْثُ وَأَحَدُهُمَا نَائِمًا وَالْآخَرُ مَجْنُونًا.

وَالْمَنْزِلَةُ الْآخَرَى أَنْ يَكُونَ إِذَا حَلَفَ الْمَجْنُونُ أَوْ طَلَّقَ أَوْ أَعْتَقَ فِي حَالِ جُنُونِهِ، فَالْقَلَمُ عَنْهُ مَرْفُوعٌ وَالْمَائِثُ، فَكَذَلِكَ النَّائِمُ إِذَا حَلَفَ أَوْ طَلَّقَ أَوْ أَعْتَقَ فِي حَالِ نَوْمِهِ فَالْقَلَمُ عَنْهُ مَرْفُوعٌ وَالْمَائِثُ، وَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ، وَهُوَ أَحَقُّ التَّأْوِيلَيْنِ وَأَوْلَى الْمَتَأَوَّلَيْنِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ^(١).



قال أبو إسحاق:

❖ ❖ ❖ الجواب ❖ ❖ ❖

إِنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمَّا أَطْلَقَ اللَّفْظَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ إِذَا وَطَّئَهَا مَجْنُونًا خَرَجَ مِنَ الْإِيلَاءِ قَدَّرَ الْمَرْبِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أَرَادَ حِنْثَهُ وَخُرُوجَهُ مِنَ الْيَمِينِ فَذَهَبَ عَنْ مُرَادِ الشَّافِعِيَّ؛ لِأَنَّهُ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يُرِدْ بِذَلِكَ الْخُرُوجَ مِنَ الْيَمِينِ، وَلَوْ أَرَادَ / بِذَلِكَ الْخُرُوجَ مِنَ الْيَمِينِ لَكَانَ فِي ذَلِكَ كُفَّارَةٌ؛ لِأَنَّ الْحِنْثَ إِذَا وَقَعَ فَلَا بُدَّ مِنَ الْكُفَّارَةِ، إِلَّا عَلَى مَذْهَبِ الْقَدِيمِ، فَإِنَّهُ كَانَ يَذْهَبُ إِلَى أَنَّهُ إِذَا وَطَّئَهَا فِي الْإِيلَاءِ خَرَجَ مِنَ الْيَمِينِ، وَلَا كُفَّارَةَ عَلَيْهِ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَإِنْ قَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]. وَأَنْ لَا

(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٢٤٣٤).

كفارة فيما قد غُفِرَ له، وَرَجَعَ عَنْ ذَلِكَ فِي الْجَدِيدِ وَذَهَبَ إِلَى أَنَّ فِي ذَلِكَ كَفَارَةً إِذَا وَقَعَ الْحَنْثُ، كَمَا يَلْزَمُ ذَلِكَ فِي سَائِرِ الْإِيمَانِ إِذَا وَقَعَ الْحَنْثُ.

وَأِنَّمَا أَسْقَطَ الْكَفَارَةَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّ الْحَنْثَ لَمْ يَقَعْ بَوَاطِنُهُ وَهُوَ مَجْنُونٌ، وَإِنَّمَا سَقَطَ حَكْمُ الْإِيلَاءِ فِي مُطَالَبَتِهَا لَهُ بِالْفِيءِ أَوْ الطَّلَاقِ، وَقَدْ يَسْقُطُ حَكْمُ الْإِيلَاءِ فِي بَابِ الْمَطَالِبَةِ بِمَا يَكُونُ حَانِثًا وَبِمَا لَا يَكُونُ حَانِثًا.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اخْتَارَ طَلَاقُهَا لَخَرَجَ مِنْ حَكْمِ الْإِيلَاءِ وَالْيَمِينِ بِحَالِهِ، فَكَذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يَطَأَ فَيُخْرِجَ بَوَاطِنَهُ مِنْ حَقِّ الْإِيلَاءِ وَالْيَمِينِ بِحَالِهِ، فَإِذَا رَاجَعَهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ الَّذِي بِهِ خَرَجَ مِنْ حَكْمِ الْإِيلَاءِ اسْتُؤْنِفَ لَهُ الْأَجَلُ، فَإِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ عَادَ الْمَطَالِبَةُ عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ الْأَوَّلِ، فَكَذَلِكَ إِذَا وَطِئَهَا مَجْنُونًا فَقَدْ أَوْفَاهَا مَا طَالَبَتْهُ بِهِ، وَمِنْ الْمَحَالِ أَنْ يَفْعَلَ مَا يُطَالَبُ بِهِ وَلَا يَكُونُ مُوفِيًا لِحَقِّهَا، ثُمَّ إِنْ امْتَنَعَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنَ الْوُطْئِ وَالْيَمِينِ بِحَالِهِ اسْتُؤْنِفَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ، فَإِذَا / مَضَتْ عَادَ الْمَطَالِبَةُ ثَانِيًا بِالْيَمِينِ الْأَوَّلِ، وَإِذَا جَازَ أَنْ يَسْقُطَ حَكْمُ الْإِيلَاءِ مَعَ بَقَاءِ الْيَمِينِ فِي الطَّلَاقِ جَازَ سُقُوطُ حَكْمِ الْإِيلَاءِ مَعَ بَقَاءِ الْيَمِينِ فِي الْجَمَاعِ، وَإِذَا كَانَ الْيَمِينُ بَاقِيًا فَلَا مَدْخَلَ لِلْكَفَارَةِ؛ لِأَنَّ الْكَفَارَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْحَنْثِ، وَحَقُّهَا غَيْرُ مُتَعَلِّقٍ بِالْحَنْثِ، فَلِذَلِكَ سَقَطَ حَكْمُ الْإِيلَاءِ بِالْحَنْثِ وَبِغَيْرِ الْحَنْثِ، وَالْكَفَارَةُ لَا يَجِبُ إِلَّا بِالْحَنْثِ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ بِحَالِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَكَيْفَ لَمْ يَقَعْ الْحَنْثُ وَقَدْ وَطِئَهَا؟ قِيلَ: لِأَنَّ الْإِيمَانَ تُحْمَلُ عَلَى عُرْفِ النَّاسِ وَعَادَتِهِمْ فِي إِطْلَاقِهِمُ الْفَاضِلِينَ، وَالْمُتَعَارَفُ مِنَ الْإِيمَانِ إِذَا حَلَفَ عَلَى فِعْلٍ مَا أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ خَارِجٍ عَلَى السَّهْوِ وَالنِّسْيَانِ، وَأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَخْرُجُ عَلَى الْفِعْلِ الَّذِي يَقْصِدُهُ بِفِعْلِهِ، لَا أَنْ يَفْعَلَهُ وَهُوَ نَائِمٌ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ نَاسِيٌّ، فَإِذَا فَعَلَ وَبِهِ أَحَدُ هَذِهِ الْمَعَانِي فَذَلِكَ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي يَمِينِهِ، فَهُوَ كَمَا يُنْصَحُ عَلَيْهِ بِأَنْ يَحْلِفَ أَنْ لَا يَطَأَهَا عَامِدًا قَاصِدًا، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ بِهَذَا الشَّرْطِ ثُمَّ وَطِئَهَا نَاسِيًا أَوْ مَجْنُونًا

أَنَّ اليمينَ بحالِهِ؛ لأنَّ ذلك لم يَدْخُلْ في يمينِهِ، كما يَحْلِفُ أن لا يَطَّأَهَا نَهَارًا فإذا وَطَّئَهَا بالليلِ لم يَحْنَثْ لأنَّ الليلَ لم يَدْخُلْ في يمينِهِ، فكذلك إذا حلف أن لا يَطَّأَهَا مطلقًا فالإطلاقُ إنما يَقَعُ على ما قَصَدَ بالفعل دُونَ ما أَتَى به ناسيًا.

(١٠٦/ب) ألا تَرَى إلى قولِهِ عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾ ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴿[البقرة: ١٨٧]﴾، فأُطْلِقَ اللَّفْظُ بالمنعِ مِنَ الأكلِ والشربِ نَهَارًا، وَرُويَ عن رسولِ الله صلى الله عليه أَنَّهُ سُئِلَ عن مَنْ أَكَلَ نَاسِيًا في صِيَامِهِ فقال: «اللَّهُ أَطْعَمَهُ وَسَقَاهُ»^(١). فَبَيَّنَ أَنَّ مُرَادَ الله عَزَّوَجَلَّ وَإِنْ كَانَ اللَّفْظُ مُطلقًا القصدُ دُونَ النسيانِ، ومثُلُ ذلك في القرآنِ كثيرٌ.

ونظيرُ ذلك مِنَ السَّنةِ ما رُويَ عن النبيِّ صلى الله عليه أَنَّهُ قال: «إِنَّ مِمَّا أَحَدَّثَ اللهُ أَنْ لَا تَكَلَّمُوا فِي الصَّلَاةِ»^(٢). فالنهيُّ عن الكلامِ في الصَّلَاةِ مُطلقٌ، وقد تَكَلَّمَ رسولُ الله صلى الله عليه فِي الصَّلَاةِ وَتَكَلَّمَ بِحَضْرَتِهِ فلم يُفْسِدْ عَلَيْهِ صَلَاتَهُ وَلَا أَفْسَدَ عَلَى مَنْ تَكَلَّمَ بِحَضْرَتِهِ^(٣)؛ لَأَنَّهُمَا كَانَا غَيْرَ قَاصِدَيْنِ إِلَى الكلامِ، فَبَيَّنَ بِذلك أَنَّ اللَّفْظَ فِي النِّهْيِ عَنِ الكلامِ وَإِنْ كَانَ مُطلقًا فالمرادُ بِذلك القصدُ دُونَ النسيانِ.

وللکلام في هذه المسألة موضعٌ هو أَوْلَى به.

وَإِذَا صَحَّ أَنَّ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ وَعَلَيْهِ بَنَى فُرُوعُهُ عُلَمَ أَنَّ قَوْلَهُ: «خَرَجَ مِنْ حَكْمِ الْإِيلَاءِ» أَرَادَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا فِي سُقُوطِ الْأَجْلِ الْأَوَّلِ، لَا سُقُوطِ الْيَمِينِ، كَمَا يَسْقُطُ الْأَجْلُ فِي الطَّلَاقِ وَالْيَمِينُ بَاقِي.

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (١٩٣٣) وَمُسْلِمٌ (١١٥٥) مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «مَنْ أَكَلَ نَاسِيًا وَهُوَ صَائِمٌ فَلَيْتُمْ صَوْمَهُ فَإِنَّمَا أَطْعَمَهُ اللهُ وَسَقَاهُ».

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٩٢٤) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) يَشِيرُ وَاللهُ أَعْلَمُ إِلَى حَدِيثِ ذِي الْيَدَيْنِ.

وإذا كان هذا مراد الشافعي سَقَطَ جمعُ ما أتى به المزمي في هذا الباب؛ لأنه بنى الباب على أن الشافعي ألزَمَه الحِنْثَ وأسَقَطَ عنه الكفارة فتكَلَّمَ على ذلك، ولو عَلِمَ / أن الشافعي لم يُلْزِمَه الحِنْثَ لَمَّا ألزَمَه وجوب الكفارة، وَلَكَفَّ عن كثير مما أتى به^(١).

* وأما قوله: إنه لو حَلَفَ بالطلاق وهو مجنون لم يَحْنُثْ = فكيف يَحْنُثْ ويمينه لم يَنْعَقِدْ، وقد قال الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، فَبَيَّنَ أَنَّ كُلَّ يَمِينٍ لم يَعْقِدْهُ بقلبه لم يَنْعَقِدْ، وَأَنَّ ذَلِكَ مَعْفُوٌّ عنه، وأما إذا حلف على رجل أن لا يَفْعَلَ شيئاً ففَعَلَ الرجل ذلك الفعل والحالف مجنون فقد حِنْثَ بلا اختلافٍ كما ذكرَ؛ لأنَّ الحِنْثَ لم يَقَعْ بِفِعْلِهِ، وإنما وَقَعَ بِفِعْلِ المحلوفِ عليه، فَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ قَصْدُ مَنْ يَقَعُ الحِنْثُ بِفِعْلِهِ، فإن كان حَلَفَ على فِعْلٍ نَفْسِهِ فالا عتبارُ في الحِنْثِ قَصْدُهُ، وإن كان حَلَفَ على فِعْلٍ غَيْرِهِ فالا عتبارُ في ذلك قَصْدُ الذي يَقَعُ الحِنْثُ بِفِعْلِهِ، سواءً كان الحالفُ في ذلك الوقتِ عاقلًا أو غيرَ عاقلٍ، وليس ذلك من الكلام في هذه المسألة، وإنما يَتَعَلَّقُ الكلامُ بهذه المسألة بأن يَحْلِفَ على فِعْلٍ نَفْسِهِ فَيَفْعَلَ وهو مجنون فلا يَلْحَقُهُ الحِنْثُ، وهذا أحدُ قولَي الشافعي في الحِنْثِ.

وعلى قوله الثاني يَلْزِمُهُ الحِنْثُ قاصداً كان أو غيرَ قاصدٍ مجنوناً كان أو صحيحاً وقتَ الفِعْلِ، فإذا لَحِقَهُ الحِنْثُ وجبت الكفارة لِسُقُوطِ اليمينِ، إلا على قوله القديم أَنَّهُ لا كفارةَ عليه في الإيلاءِ لقوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]. والله أعلم.



(١) رسم الأصل كتابة الألف المقصورة ممدودة، وعليه فيحتمل أن تقرأ الكلمة: «أبانه».

٣٣ مسألة [من تزوج امرأة نكاحاً فاسداً فوطئها مراراً]

قيل للمزني: ما تقول فيمن تزوج امرأة نكاحاً فاسداً فوطئها مراراً؟

(١٠٧/ب) / قال: القياس أن عليه لكل وطئ مهراً؛ لأنه مُستَقْبَلٌ في كُلِّ وطئ امرأة ليست له بِمَرَّةٍ، فهو في معنى مَنْ جَرَحَهَا ثُمَّ جَرَحَهَا.

قيل له: فما تقول فيمن زنى ثُمَّ زنى؟

قال: حَدٌّ واحدٌ.

قال: فلم لا يكون كذلك كُلُّ وطئ في نكاحٍ فاسدٍ فليس فيه إلا مهرٌ واحدٌ؟

قال: من قَبِلَ أن الزَّنا يُوجِبُ الحدودَ، وهي لله تبارك وتعالى، وتُذَرَأُ بالشبهاتِ، والزَّنا يُخَالِفُ حقوقَ العبادِ، أليس قد أجمعنا أنه لو تزوجَ امرأةً فأخبرَ أن أباه أو ابنه كان تزوجَها أن لها مهرٌ مثلها بوطئه إياها ولم يكن هناك نكاحٌ صحيحٌ، وأنَّ المسلمينَ لَمَّا فَرَّقُوا بينهما من غيرِ حاكمٍ وَرَجَعَتْ إلى بيتها ثُمَّ تزوجَها تزويجاً جديداً لا يعرفُها فأصابها قبل أن يَرْتَفِعَا إلى الحاكمِ مراراً أيزعمُ أنه لا يَجِبُ به لها مهرٌ ثاني لأنَّها المرأةُ بعينها كما قلتَ في الزَّنا إنَّه حَدٌّ واحدٌ لا حَدٌّ ثاني؟ وهذا ما لا أعلمُ فيه بين المسلمينَ خلافاً، ولو زنى ثُمَّ زنى بعد حينٍ ثُمَّ زنى فلا خلافاً بين المسلمينَ أن ليس عليه إلا حَدٌّ واحدٌ، فهما أصلاً إن كنتَ قلته.

فقال: وطئُ زنا ووطئُ زنا مثلُ وطئٍ ووطئٍ؟

قلت: وطئُ شبهةٍ يُوجِبُ المهرَ ويُلْحِقُ الولدَ وَيَرْفَعُ الحَدَّ أشبهُ منه بزنا يُسْقِطُ المهرَ وَيُوجِبُ الحَدَّ وَيَنْفِي الولدَ، وبالله التوفيق.



إنَّ الذي اختارَه المِزنيُّ مُخَالَفَ لِظَاهِرِ السُّنَّةِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ قَالَ:

«أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلَيْيَها فَنِكَاحُها باطلٌ، فإن / مَسَّها فَلَهَا المَهْرُ بما اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِها»^(١). وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ مَنْ وَطِئَ مَرَّةً وَبَيْنَ مَنْ وَطِئَ مِرارًا.

وَمَعَ مُخَالَفَتِهِ لِظَاهِرِ السُّنَّةِ فَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا مِنَ الْأُئِمَّةِ قَالَ فِي نِكَاحِ الْفَاسِدِ إِذَا وَطِئَهَا مِرارًا ثُمَّ تَبَيَّنَ فسادُ النِّكَاحِ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ يَجِبُ لِكُلِّ وَطِئٍ مَهْرٌ^(٢)، بَلْ قَالَ الْجَمِيعُ: إِنَّ عَلَيْهِ مَهْرًا وَاحِدًا^(٣)، فَخَرَجَ مَعَ مُخَالَفَتِهِ لِظَاهِرِ السُّنَّةِ عَنْ قَوْلِ الْأُئِمَّةِ الَّذِينَ يُقْتَدَى بِهِمْ.

وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ أَنَّهُ الْقِيَاسُ فَالْقِيَاسُ بِخِلَافِهِ، وَلَوْ كَانَ الْقِيَاسُ مَا ذَكَرَهُ لَكَانَ إِذَا أُوْلِجَ مِرارًا فَأَدْخَلَ وَأَخْرَجَ إِلَى أَنْ أَنْزَلَ لَكَانَ عَلَيْهِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ مَهْرًا؛ لِأَنَّ كُلَّ مَرَّةٍ مِنْ ذَلِكَ لَوْ انْفَرَدَ اسْتُحِقَّتْ بِهِ الْمَهْرُ، وَلَا خِلَافَ فِي الْوَطِئِ الْوَاحِدِ وَإِنْ أُوْلِجَ مِرارًا أَنْ لَيْسَ فِيهِ إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ، وَفِي ذَلِكَ إِبْطَالُ مَا أَتَى بِهِ مِنَ الْقِيَاسِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي الْوَطِئِ الْأَوَّلِ مَهْرٌ^(٤) وَسَقَطَ ذَلِكَ فِي الثَّانِي وَتَحْرِيمُ الثَّانِي عَلَيْهِ كَتَحْرِيمِ الْأَوَّلِ؟ قِيلَ: لِأَنَّ كُلَّ وَطِئٍ وَإِنْ كَثُرَ إِذَا تَعَلَّقَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ فَكَالْوَطِئِ الْوَاحِدِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ النِّكَاحَ الصَّحِيحَ إِنَّمَا يُدْخَلُ فِيهِ عَلَى اسْتِقْرَارِ الْمَهْرِ وَاسْتِحْقَاقِها لَهُ بِكُلِّ حَالٍ، حَتَّى لَا تَبْطُلَ بَرْدَةً، وَلَا عِبْرَةً بِوَطِئِ مَرَّةٍ، وَلَا يَتَعَلَّقُ ذَلِكَ بِالثَّانِي وَلَا

(١) سبق تخريجه في مسألة حلف أن لا يشتري فاشترى شراء فاسدا.

(٢) في الأصل: «مهر» ثم مسح الألف. (٣) في الأصل: «مهر واحد».

(٤) في الأصل: «مهر».

بالثالث، لأن ذلك عقدٌ واحدٌ واستباحةٌ واحدةٌ، فكذلك الفساد^(١) إذا دخل فإنما يتعلّق استحقاقُ المهرِ بوطنٍ مرّةٍ، وباقي ذلك تبعٌ / للأوّل في الفاسد، كما أن ذلك تبعٌ للأوّل في الصحيح، ومثّل ذلك في الأصول كثيرٌ.

ألا ترى إلى قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَلَا تَخْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦]. فلو خلق جزءاً من رأسه لوجب عليه الهدى، فإذا تخطّى إلى ما بعده لم يلزمه دمٌ ثاني وإن كان التحريم في الثاني كالتحريم في الأوّل، بل يكون وجوبُ الهدى في جميع الرأس وفي أبعاضه، وفي خلق جميع الرأس وفي قصّره، والقصّر فأخذ بعض الشّعر، فلو تفرّقت الأسباب والأوقات في أخذ الشّعر لوجب في ذلك هديٌ كثيرٌ، ولما تبع بعضه بعضاً، وإذا أخذ ذلك بسببٍ واحدٍ ووقتٍ واحدٍ كان في ذلك هديٌ واحدٌ^(٢)، وإذا كان ذلك في الشّعر المحظور أخذه جاز ذلك في الوطئ المحظور أضله، فإذا جمع الوطئ بسببٍ واحدٍ كان في ذلك مهرٌ واحدٌ^(٣) قلّ أو كثر، وإذا اختلفت الأسباب كان في كلّ سببٍ مهرٌ.

ونظير ذلك قول الله عزّ وجلّ: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ﴾ [البقرة: ١٩٦]. فلو اضطّره المرض إلى لبس الثياب فلبسه أياماً لضرّورته إليه ينزعه في وقتٍ ويلبسه في وقتٍ لكان في جميع ذلك كفارةٌ واحدةٌ بظاهر الآية؛ لأنّ جميع لباسه جمعه سببٌ واحدٌ، ولو لم يكن مريضاً فلبس ثوبه عاصياً لوجب الكفارة ثمّ لو عاد فلبس لوجب عليه أخرى؛ لأنّه / لم يجمعهما سببٌ واحدٌ.

فكذلك الوطئ كلّما جمعه سببٌ واحدٌ كان عليه مهرٌ واحدٌ، كثر الوطئ أم قلّ، وإذا لم يجمعه سببٌ كأثّه اغتصبها فوطئها ثمّ اغتصبها ثانياً فعليه لكلّ مرّةٍ

(٢) في الأصل: «هديا واحدا».

(١) في الأصل: «افساد».

(٣) في الأصل: «مهرًا واحدًا».

مِنْ ذَلِكَ مَهْرٌ^(١)؛ لِأَنَّ هَذَيْنِ الْوِطْنَيْنِ لَمْ يَجْمَعَهُمَا سَبَبٌ وَاحِدٌ.

عَلَى أَنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَقُولُ: إِنَّهُ إِذَا اغْتَصَبَهَا فَوَطَّئَهَا فِي اغْتِصَابِهِ مِرَارًا أَنَّ عَلَيْهِ مَهْرًا وَاحِدًا^(٢)، كَثُرَ الْوِطْئُ أَمْ قَلَّ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ مُتَعَلِّقٌ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ، وَلَكِنْ لَوْ اغْتَصَبَهَا فَوَطَّئَهَا وَأَرْسَلَهَا ثُمَّ اغْتَصَبَهَا ثَانِيًا فَوَطَّئَهَا لَكَانَ عَلَيْهِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ مَهْرٌ^(٣)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ الْأَوَّلَ غَيْرُ السَّبَبِ الثَّانِي.

وَالْوَجْهَانِ مُحْتَمَلَانِ، وَبِأَيِّهَا قِيلَ فَمَا أَتَى بِهِ الْمَزْنِيُّ فِي ذَلِكَ سَاقِطٌ؛ لِأَنَّ مَنْ وَطَّئَ امْرَأَةً فَأَخْبَرَ أَنَّ أَبَاهُ تَزَوَّجَ بِهَا فَأَعْطَاهَا مَهْرَهَا وَخَلَّاهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا تَزْوِيجًا جَدِيدًا غَيْرَ التَّزْوِيجِ الْأَوَّلِ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَعْرِفْهَا فَوَطَّئَهَا فَهَذَا سَبَبَانِ مُخْتَلِفَانِ^(٤) يَجِبُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَهْرٌ^(٥)، وَإِنَّمَا الْمَوْضِعُ الَّذِي خَرَجَ مِنْ ظَاهِرِ السُّنَّةِ وَاتِّفَاقِ الْأُئِمَّةِ أَنْ يَكُونَ السَّبَبُ وَاحِدًا وَيَجِبُ فِيهِ مُهُورٌ، وَهَذَا مَا لَا سَبِيلَ إِلَى وَجُودِهِ فِي الْأَصُولِ.

وَأَمَّا مَا أَتَى بِهِ مِنَ الزَّنا مِرَارًا فَلَيْسَ الزَّنا مِنَ الْوِطْئِ بِشَبْهَةٍ بِسَبِيلٍ كَمَا ذَكَرَهُ، أَلَا تَرَى لَوْ زَنَى بِجَمَاعَةٍ نِسْوَةٍ لَكَانَ عَلَيْهِ حَدٌّ وَاحِدٌ^(٦)، وَلَوْ وَطَّئَهُنَّ بِشَبْهَةٍ لَوَجَبَ عَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرٌ^(٧)، وَكَذَلِكَ لَوْ زَنَتْ بِجَمَاعَةٍ رِجَالٍ لَكَانَ عَلَيْهَا حَدٌّ وَاحِدٌ^(٨)، وَلَوْ وَطَّئُوهَا بِشَبْهَةٍ لَكَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ / لَهَا مَهْرٌ^(٩)، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ لَيْسَ (١٠٩ / ب) الزَّنا فِي وَجوبِ الْحَدِّ مِنَ الْوِطْئِ بِشَبْهَةٍ فِي وَجوبِ الْمَهْرِ بِسَبِيلٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



(١) فِي الْأَصْلِ: «مَهْرًا».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «مَهْرًا».

(٥) فِي الْأَصْلِ: «مَهْرًا».

(٧) فِي الْأَصْلِ: «مَهْرًا».

(٩) فِي الْأَصْلِ: «مَهْرًا».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «مَهْرٌ وَاحِدٌ».

(٤) فِي الْأَصْلِ: «فَهَذَيْنِ سَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ».

(٦) فِي الْأَصْلِ: «حَدًا وَاحِدًا».

(٨) فِي الْأَصْلِ: «حَدًا وَاحِدًا».

٣٤ مسألة [الرجل يتزوج المرأة فيولدها ثم يشتريها]

قال المزي: اختلف الناس في الرجل يتزوج المرأة فيولدها ثم يشتريها.

فقال قائلون منهم الشافعي ومالك: إنها رقيق كسائر رقيقه. وقال مالك: إن اشتراها حاملاً فهي أم ولد. وقال الشافعي: حتى يخلبها وهي أمة له.

وقال الكوفيون: إنها إذا ولدت منه ثم اشتراها أنها أم ولد، وأنه لما لم يطل حكم النسب الذي به يعتق إذا ملكه كان كذلك حرمة أمه لا يمنعها الرق لغيره أن يكون لها حكم أم الولد إذا ملكها، فلما كان الولد إذا ملكه كان (١) معنى من أولدها له في ملكه كانت هي أيضاً إذا ملكها في معنى من ولدته منه في ملكه؛ لأن بحرمة الإيلاد تصير الأمة أم ولد لا تباع، وبحرمة نسب الابن صار حراً لا يباع، فلما كان في المستقبل يحرم بيعها كانت كذلك تلك العلة التي توجب هذا الحق لها موجودة إذا اشتراها، فحكمهما في المستدبر كحكمهما في المستقبل.

ونظير ذلك رجل تزوج أمته فلا نكاح له لوجود الملك، وكذلك حرة تزوجت عبدها فلا نكاح لها لوجود الملك، فإن تزوج رجل أمة غيره صح النكاح، فإن اشتراها بطل النكاح؛ لوجود الملك الذي لو كان مستقبلاً لنفى النكاح، وصار حكم المستدبر من ذلك كحكم المستقبل كما قلنا في / حرمة الولد. (١/١١٠)

ونظير ذلك أيضاً رجل تزوج مرتدة فالنكاح فاسد، فإن تزوجها وهي مسلمة فارتدت قبل الدخول فالنكاح فاسد، وكذلك إذا تزوجت مرتدة فالنكاح فاسد، فإذا نكحته مسلماً فالنكاح ثابت، فأيهما ارتد انفسخ النكاح، فكان معنى المستقبل كمعنى المستدبر، له حكمه.

(١) لعل هنا سقط: «في».

فكذلك قلنا: إِنَّ مُسْتَدْبِرَ حَكَمِ أُمِّ الْوَلَدِ كَالْمُسْتَقْبَلِ، وبالله التوفيق^(١).

الجواب

إِنَّ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يَخْتَلِفْ فِي الْأُمَةِ إِذَا اشْتَرَاهَا زَوْجُهَا بَعْدَ أَنْ وَلَدَتْ مِنْهَا أَنَّهَا لَا تَصِيرُ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ بَوْلِدٍ وَلَدَتْهُ فِي النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ بَأْنٍ تِلْدٍ مِنْهُ وَلَدًا فِي الْمِلْكِ^(٢).

وما ذكره المزي^٣ في هذه المسألة مِنْ حُكْمِ الْمُسْتَقْبَلِ وَالْمُسْتَدْبِرِ فَغَيْرُ لَازِمٍ، وَعَلَى أَصْلِ الْمَزْنِيِّ يَجِبُ أَنْ لَا تَصِيرَ أُمًّا وَلَدٍ؛ لِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْمَوَاضِعِ أَنَّ الشَّيْءَ إِذَا لَمْ يَعْمَلْ فِي وَقْتِهِ لَمْ يَعْمَلْ فِي ثَانِي بَعْدَ مُضِيِّهِ، وَأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا لَمْ يَصَحَّ فِي وَقْتِهِ لَمْ يَصَحَّ فِيمَا يَخْدُثُ فِي ثَانِي، وَعَلَى هَذَا الْأَصْلِ إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مَمْنُوعَةٍ مِنْ بَيْعِهَا وَشِرَائِهَا فِي حَالِ مَا وَلَدَتْ وَلَا ثَبَتَ لَهَا حُرْمَةٌ بَطَلَ أَنْ يَثْبَتَ لَهَا حُرْمَةٌ بِهَذَا الْوَلَدِ، وَبَطَلَ أَنْ تَصِيرَ مَمْنُوعَةً مِنْ بَيْعِهَا إِلَّا بِسَبَبٍ ثَانِي.

* وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ مِنَ الْأُصُولِ مِنْ اسْتَوَاءِ حَكَمِ الْمُسْتَقْبَلِ وَالْمُسْتَدْبِرِ = فَقَدْ ذَكَرَ نَظِيرَ ذَلِكَ فِي نِكَاحِ الْأُمَةِ إِذَا تَزَوَّجَهَا وَهُوَ غَيْرُ وَاجِدٍ لِلطَّوْلِ ثُمَّ وَجَدَ الطَّوْلَ، اخْتَارَ أَنْ يَنْقَسَخَ نِكَاحُهَا، وَجَعَلَ الْمُسْتَقْبَلَ / كَالْمُسْتَدْبِرِ، وَاسْتَدَلَّ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ (١١٠/ب) الَّتِي ذَكَرَهَا هَاهُنَا، فَأَجَبْنَا عَنْ ذَلِكَ أَنَّ فِي الْأُصُولِ مَا يَكُونُ الْمُسْتَقْبَلُ بِخِلَافِ الْمُسْتَدْبِرِ.

وذلك أَنَّ الْمُحْرَمَ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّزْوِيجُ، وَلَوْ تَزَوَّجَ لَكَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا، وَلَوْ تَزَوَّجَ ثُمَّ أَحْرَمَ لَمْ يَنْقَسَخِ النِّكَاحُ، وَكَانَ الْمُسْتَقْبَلُ بِخِلَافِ الْمُسْتَدْبِرِ.

(١) انظر «النكت في المختلف» لابن أبي المظفر السمعاني (المسألة: ٣١١).

(٢) انظر المسألة في «المختصر» للمزي (الفقرة: ٤٠٥١).

وَمِنْ ذَلِكَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ حَرَّمَ نِكَاحَ الْمُتَعَةِ^(١)، فَلَوْ تَزَوَّجَهَا مُتَعَةً - وَهُوَ نِكَاحٌ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ أَوْ غَيْرِ مَعْلُومٍ - لَكَانَ النِّكَاحُ مُنْفَسِخًا، وَلَوْ تَزَوَّجَهَا نِكَاحًا صَحِيحًا مُؤَبَّدًا ثُمَّ طَلَّقَهَا إِلَى سَنَةٍ أَوْ طَلَّقَهَا عِنْدَ قُدُومِ زَيْدٍ لَبَقِيَ النِّكَاحُ إِلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَوْ مَجْهُولَةٍ، فَكَانَ الْمُسْتَقْبَلُ فِي ذَلِكَ خِلَافَ الْمُسْتَدْبِرِ.

وَنَظِيرُ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ حُرْمُ النِّكَاحِ فِي الْعِدَّةِ، فَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً وَطِئَتْ بِشَبْهَةٍ فَوَجَبَ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ مِنَ الْوُطْئِ بِالشَّبْهَةِ ثُمَّ تَزَوَّجَتْ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا لَكَانَ النِّكَاحُ مُنْفَسِخًا، وَلَوْ تَزَوَّجَهَا نِكَاحًا صَحِيحًا ثُمَّ وَطِئَهَا رَجُلٌ بِشَبْهَةٍ فَوَجَبَتْ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ مِنْهُ وَلَمْ يَنْفَسَخْ نِكَاحُ الْأَوَّلِ لِوُجُوبِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا مِنَ الثَّانِي، فَكَانَ حُكْمُ الْمُسْتَقْبَلِ خِلَافَ حُكْمِ الْمُسْتَدْبِرِ.

* وَمَا أَتَى بِهِ الْمَزْنِيُّ مِنْ أَمْرِ الْمُرْتَدَّةِ = فَحُجَّةٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَهَا مُرْتَدَّةً لَكَانَ النِّكَاحُ مُنْفَسِخًا وَإِنْ أَسْلَمَتْ مِنْ وَقْتِهَا، وَلَوْ تَزَوَّجَهَا مُسْلِمَةً وَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ ارْتَدَّتْ عَنِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا لَكَانَا عَلَى النِّكَاحِ، فَقَدْ جَازَ أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ مُوقُوفًا^(٢) عَلَى الْعِدَّةِ فِي مُسْتَدْبِرِهِ، وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ يَكُونَ مُوقُوفًا عَلَى حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ لَكَانَ / بَاطِلًا، فَكَانَ حُكْمُ الْمُسْتَقْبَلِ خِلَافَ حُكْمِ الْمُسْتَدْبِرِ. (١١١/١)

وَإِذَا ثَبَتَتْ هَذِهِ الْأَصُولُ فِي أَنَّ الْمُسْتَقْبَلَ بِخِلَافِ الْمُسْتَدْبِرِ، وَصَحَّ مَا أَتَى بِهِ الْمَزْنِيُّ مِنَ الْأَصُولِ فِي أَنَّ الْمُسْتَقْبَلَ كَالْمُسْتَدْبِرِ، وَثَبَتَ الْأَصْلَانِ جَمِيعًا = فَمِنْ أَيْنَ جَازَ لِأَبِي إِبْرَاهِيمَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الْأُمَةِ إِذَا أُيَسَّرَ زَوْجُهَا وَفِي الْأُمَةِ إِذَا اشْتَرَاهَا زَوْجُهَا بَعْدَ أَنْ وَلَدَتْ مِنْهُ أَنْ يَجْعَلَ الْمُسْتَقْبَلَ وَالْمُسْتَدْبِرَ وَاحِدًا^(٣) مِنْ أَجْلِ مَا أَتَى بِهِ دُونَ أَنْ يُلْحِقَهُ غَيْرُهُ بِالْأَصُولِ الَّتِي ذَكَرْنَا وَتُفَرِّقُ بَيْنَ الْمُسْتَقْبَلِ وَالْمُسْتَدْبِرِ، وَإِنَّمَا

(١) سبق تخريجه في مسألة عيوب النكاح المثبتة للخيار.

(٢) في الأصل: «موقوف». (٣) في الأصل: «واحد».

يجوزُ بعدُ ثبوتِ الأصلين أن يُلْحَقَ الفرعُ بأحدهما بأن يكونَ في الأصلِ معنى يُلْحَقُ به ذلك الفرعُ، ولا يكونَ ذلك المعنى موجوداً في الأصلِ الآخرِ، فأمّا إطلاقُ اللَّفْظِ بأنَّ المُسْتَقْبَلَ كالمُسْتَدْبِرِ بلا معنى يَجْمَعُهُما مع وجودِ الأصلين فلا سبيلَ إليه.

فإن قيل: فإذا لم يجز للمزني إلحاق ذلك بأحدِ الأصلين دون الآخرِ فمن أين جاز لك في هاتين المسألتين أن تُلْحَقَهُما بالأصلِ الآخرِ الذي يُخَالِفُ حكمُ المُسْتَقْبَلِ حكمَ المُسْتَدْبِرِ بلا معنى يجمعهما؟ = فالجواب: إنّا لم نفعل ذلك إلاّ لمعنى أو جَبَّ إلحاقه بأحدِ الأصلين دون الآخرِ، وذلك أن أمّ الولدِ إنّما لَحِقَها الحرمةُ لأنّها حَمَلَتْ بِحُرٍّ، والولدُ إذا كان في بطنِها كعُضْوٍ مِنْ أعضائها، وإذا صار / بعضُ أعضائها حُرّاً سَرَى ذلك إليها؛ لأنَّ حكمه لا يَنفَرِدُ عن حكمِها.

(١١١/ ب)

فإن قيل: فلو كان كذلك لَعَتَقْتُ عاجلاً كما عَتَقَ الولدُ = قيل له: كان التقديرُ في أمرِها ذلك، إلاّ أن المقصِدَ في سِرايَةِ الحريةِ إليها تأكيدُ الحرمةِ بينهما، فلو عَجَّلْنَا عِتْقَها لأدَّى ذلك إلى الفُرْقَةِ، وإنّما قَصَدْنَا في ثبوتِ الحرمةِ إلى الاتِّصَالِ ودَوَامِ الحالِ، والفُرْقَةُ ضِدُّه، فأدَّتِ الضرورةُ إلى تأخيرِ وقوعِ الحريةِ مع إثباتِ الحرمةِ والمنعِ مِنَ التَّصَرُّفِ ودَوَامِ الاستمتاعِ بها ليكون سببُ الاتِّصَالِ غيرَ مُنْقَطِعٍ ببيعٍ ولا تعجيلِ عِتْقٍ، حتّى إذا اسْتَغْنَى عن الاستمتاعِ بها بمَوْتِهِ وقعت الحريةُ حينئذٍ، ألا تَرَى إلى قولِ النبيِّ صلى الله عليه في مارية: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»^(١). أي: وَجَبَ عِتْقُهَا لَمَّا حَمَلَتْ بِحُرٍّ، فأوْقَعَ عليها اسمَ الحريةِ لِثَبُتِ لها الحرمةُ وإن [كان^(٢)] الوقوعُ متأخراً.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦) من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وفي إسناده حسين بن عبدالله، وهو ضعيف جداً. وانظر «التلخيص» للحافظ (٦/ ٣٢٩٠).

(٢) زيادة مني.

وإذا صَحَّ ما ذكرنا عُلِمَ أَنَّهُ إِنَّمَا سَرَى^(١) إِلَيْهَا لِأَن حَكْمَهُ حَكْمُهَا إِذَا كَانَ فِي بَطْنِهَا،
 أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لَهَا: «أَنْتِ حُرَّةٌ دُونَ وَلَدِكَ» لَعَتَقَ الْوَلَدُ مَعَهَا، وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى
 اسْتِثْنَائِهِ وَلَدَهَا، وَلَوْ وَلَدَتْ ثُمَّ قَالَ لَهَا: «أَنْتِ حُرَّةٌ» لَعَتَقَتْ دُونَ وَلَدِهَا؛ لِانْفِصَالِهِ
 عَنْهَا وَثُبُوتِ حَكْمِهِ بِنَفْسِهِ، فَكَذَلِكَ يَثْبُتُ لَهَا الْحَرَمَةُ إِذَا حَمَلَتْ بِحُرٍّ لَا تَصَالِهِ بِهَا
 وَأَنَّهُ كَعْضٍ مِنْ أَعْضَائِهَا مَا دَامَ فِي بَطْنِهَا، فَإِذَا وَلَدَتْ رَقِيقًا لَا حَرَمَةَ لَهُ وَلَا لَهَا ثُمَّ
 مَلَكَهُ بَعْدَ / ذَلِكَ بِحَرَمَةِ الْوِلَادَةِ فَإِنَّمَا تَثْبُتُ لَهُ الْحَرَمَةُ بَعْدَ انْفِرَادِهِ بِحَكْمِ نَفْسِهِ
 (١/١١٢) وَبَعْدَ انْفِصَالِهِ مِنْهَا، فَلَا يَتَعَلَّقُ حَكْمُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ، فَلِذَلِكَ افْتَرَقَا.

فهذا المعنى الذي أوجب إلحاقه بأحد الأصلين دون الآخر.

* وَأَمَّا اعْتِلَالُهُ بِالْمُرْتَدَّةِ وَبِالزَّوْجِ إِذَا اشْتَرَى امْرَأَتَهُ = فَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ
 الْأُمَةِ إِذَا أَيْسَرَ زَوْجُهَا وَبَيَّنَّا أَنَّ الْمُرْتَدَّ يَسْتَوِي^(٢) فِيهِ حَكْمُ الْمُسْتَقْبَلِ وَحَكْمُ
 الْمُسْتَدْبِرِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصِدَ فِي الْمَنْعِ مِنْ نِكَاحِهَا نَجَاسَتُهَا وَقَطْعُ الْوِلَايَةِ بَيْنَهُمَا، أَلَا
 تَرَى إِلَى قَوْلِهِ: ﴿وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ﴾ [المتحنة: ١٠]، فَأَمَرَ بِتَرْكِهَا بَعْدَ تَقَدُّمِ
 الْعَقْدِ عَلَيْهَا كَمَا نَهَى عَنْ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا بِقَوْلِهِ: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى
 يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: ٢٢١]، فَقَدْ نَصَّ عَلَى تَحْرِيمِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَالْمُسْتَدْبِرِ، وَالْمَعْنَى
 فِي ذَلِكَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ نَجَاسَتِهَا وَقَطْعِ الْوِلَايَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ عَزَّوَجَلَّ:
 ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٨]، وَالنَّجَاسَةُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَالْمُسْتَدْبِرِ وَاحِدٌ.

* وَأَمَّا الْمُشْتَرَى لِامْرَأَتِهِ فَإِنَّمَا فَسَخْنَا نِكَاحَهَا لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ لَهُ مِلْكُ الْبُضْعِ مِنْ

جهتين:

أَحَدُهُمَا: مِلْكُ رَقَبَتِهَا، وَبُضْعُهَا تَبَعٌ لِرَقَبَتِهَا.

(١) فِي الْأَصْلِ: «أَسْرَى»، ثُمَّ ضُرِبَ عَلَى الْهَمْزَةِ.

(٢) فِي الْأَصْلِ: «يَسْتَوِي».

والثاني: من جهة النكاح الذي يُوجب الانتفاع ببضعها فحسبُ.

فقدّمنا أقوى الوجهين، وهو الذي يملك به الرقبة والبضع جميعاً.

ألا ترى أنَّ مَنْ مَلَكَ البُضْعَ مع الرقبة فله العقدُ عليه لغيره أو الاستمتاعُ به بنفسه، ومَنْ مَلَكَ البُضْعَ دون الرقبة لم يكن له نقلُ / المِلْكِ إلى غيره، وإنّما له (١١٢ / ب) الانتفاعُ به بنفسه.

ومن أجل ذلك جاز له أن يملك رقبة مَنْ لا يجوزُ له وطئُها وإن كان مالِكاً لبضعها، ولا يجوزُ له أن يملك بالنكاح بضع مَنْ لا يجوزُ له وطئُها.

فلذلك صار الوطئُ بملك الرقبة أقوى من الوطئِ بملك المتعة.

* وأما المرأة إذا اشترت زوجها فإنّما فسخ نكاحها؛ لأنّها ملكته، وإذا صار ملكاً لها ثمّ ملكناه بضعها فقد صار المملوك مالِكاً لمن ملكه، وغير جائز أن يملك المملوك مالِكه، وإنّما يملك مَنْ لا ملك له عليه، فأما أن يكون شخصاً مملوكاً يملك مالِكه فهو مستحيلٌ.

* وأما الأمة إذا أيسر زوجها لم يفسخ نكاحها؛ لأنّا قصدنا بالنكاح إلى رفع خوف العنت، ومُحال أن يُقصد بالنكاح إلى معنى إذا وُجد ذلك المعنى انفسخ النكاح، وإذا صحّ ذلك من أحد الشرطين أن المستقبل بخلاف المستدبر صحّ ذلك في الشرط الثاني، ونحو ذلك الفقير إذا أعطيناه من الزكاة فإنّما نُعطيه ليستغني، فإذا أغناه ما أعطيناه لم يجز استرجاعه، فكذلك فسخ النكاح.

* وأما المتعة فإنّما قصد إلى تأكيد العقد بأن يكون مؤبداً كما وُكِّد أن لا يكون فيه خيارٌ فوُكِّد بالولاية والشهادة، والعقود يُوكِّدُ ابتداؤها ما لا يُوكِّدُ مُتَعَبُّها، وكذلك الفرائض قد أُكِّدَ عقودها وابتداؤها بما لم يُوكِّدْ به مُتَعَبُّها، فكذلك أمرُ

(١١٣/ أ) الْمُتَعَةِ / إِنَّمَا قُصِدَ إِلَى تَأْكِيدِ الْعَقْدِ، فَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ لَمْ يَضُرَّ دُخُولُ الشَّرْطِ وَالْخِيَارِ فِيهِ؛ لِأَنَّ عَقْدَهُ قَدْ مَضَى.

* وَأَمَّا أَمْرُ نِكَاحِ الْمُحْرَمِ فَفَرَّقَ بَيْنَ مُسْتَقْبَلِهِ وَبَيْنَ مُسْتَدْبِرِهِ لِأَسْبَابٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ الْوَطْئَ مُحَرَّمٌ بِدَوَائِعِهِ، وَلِذَلِكَ نُهِيَ عَنِ الطَّيِّبِ لِأَنَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَمَاعِ، فَكَذَلِكَ النِّكَاحُ نُهِيَ عَنْهُ لِأَنَّهُ أَحَدُ دَوَائِعِ الْجَمَاعِ، وَلَمْ يُفْسَخْ عَلَيْهِ نِكَاحُهُ؛ لِمَا عَلَيْهِ مِنَ الضَّرَرِّ فِي فُسْخِ النِّكَاحِ، وَأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى تَرْكِ الْحَجِّ الَّذِي هُوَ فَرَضٌ مِنَ فَرَائِضِ اللَّهِ، وَمَعَ ذَلِكَ فَقَدْ لَزِمَهُ مِنَ الْمَالِ رَغْبَةٌ فِي دَوَامِ النِّكَاحِ وَالِاسْتِمْتَاعِ بِهَا فَإِذَا فُسِّخَ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ مَا قَصَدَهُ بِالْعَقْدِ، وَأَمَّا تَأْخِيرُ الْعَقْدِ إِذَا أَرَادَ التَّزْوِيجَ حِينَ يَخْرُجُ مِنْ إِحْرَامِهِ فَلَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِيهِ، وَلَوْ عَقَدَهُ فِي إِحْرَامِهِ مَا انْتَفَعَ بِهِ فِيمَا قَصَدَهُ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْ إِحْرَامِهِ.

وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ النِّكَاحَ نُهِيَ عَنْهُ لِمَا رُكِّبَ فِي النَّاسِ مِنْ غَلْبَةِ الشَّهْوَةِ فِي ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ، فَخِيفَ عَلَيْهِ التَّقْصِيرُ فِي أَمْرِ نُسْكِهِ^(١)، أَوْ الْوُقُوعُ فِي الْمَحْظُورِ لِغَلْبَةِ الشَّهْوَةِ، وَلِذَلِكَ خُصَّ الْبِكْرُ بِأَنْ جُعِلَ لَهَا سَبْعٌ^(٢) وَلِلثَّيْبِ ثَلَاثٌ، فَخُصُّوا بِذَلِكَ دُونَ مَنْ تَقَدَّمَ نِكَاحُهُنَّ لِغَلْبَةِ الشَّهْوَةِ فِي ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ، فَأَمَّا مَنْ تَقَدَّمَ نِكَاحُهَا فَلَا غَلْبَ أَنَّ الْإِنْسَانَ يَأْتِي عَلَيْهِ الزَّمَانُ يَتْرُكُ جَمَاعَهَا مِنْ غَيْرِ تَحْرِيمٍ يَقَعُ فَلَا يُخَافُ عَلَيْهِ ذَلِكَ فِيهَا.

وَمِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ النِّكَاحَ عَلَى مَنْ فَرَّجَهَا عَلَيْهِ حَرَامٌ لِسَبَبٍ أَدْخَلْتَهُ عَلَى نَفْسِهَا، مِثْلَ الْعِدَّةِ الَّتِي أَدْخَلْتَهَا / عَلَى نَفْسِهَا فَحَرَّمَ النِّكَاحَ حَتَّى تَنْقُضِي، فَكَذَلِكَ الْإِحْرَامُ شَيْءٌ أَدْخَلْتَهُ عَلَى نَفْسِهَا فَحَرَّمَ نِكَاحَهَا حَتَّى يَنْقُضِي، وَلَوْ تَزَوَّجَهَا ثُمَّ أَدْخَلْتَ عَلَى نَفْسِهَا وَطْئًا^(٣) بِشَبْهَةِ لَوْ جَبَّ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ وَكَانَ لِلأَوَّلِ

(٢) فِي الْأَصْلِ: «سَبْعًا».

(١) فِي الْأَصْلِ: «نُسْكِهِ».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «وَطْئًا».

المقام على نكاحها، فكذلك الإحرام، والله أعلم.

ويقال له: رأيت لو تزوجها على أن لها الخيار أليس النكاح فاسداً^(١)؟ فإذا قال: نعم. قيل: رأيت إن تزوجها أمة ثم عتقت ألسنت تُخيرها ولا يَنْفَسُخُ النكاحُ لدُخُولِ الخيارِ فيه؟ فقد فرقت بين المُسْتَقْبَلِ والمُسْتَدْبِرِ.

وفي الجملة إن الشافعي رحمه الله لم يقل في موضع إن حكم المُسْتَقْبَلِ حكم المُسْتَدْبِرِ إلا بنص في كل واحد منهما، أو بنص في أحدهما ووُجِدَ في الآخر معنى يُوجِبُ الجمعَ بينهما، وكذلك لم يُفَرِّقْ بين المُسْتَقْبَلِ وبين المُسْتَدْبِرِ إلا بنص أو جَبَ الفرقَ بينهما، أو بنص في أحدهما لمعنى غير موجود في الآخر، فإن أوجدنا^(٢) المزي رحمه الله في المسائل التي خالفنا فيها كان ذلك مقبولا منه، فأما أن يجعل حكم المُسْتَقْبَلِ حكم المُسْتَدْبِرِ لأن الله عز وجل فعله في موضع فليس بحجة؛ لأن الله قد فرق بين المُسْتَقْبَلِ والمُسْتَدْبِرِ في مواضع، فثبت الأصلان جميعاً، فلم يجز إلحاق الفرع بواحد من الأصلين إلا بمعنى يُوجِبُ الجمعَ أو التفرقة، والله أعلم.



(١) في الأصل: «فاسد».

(٢) هكذا في الأصل، ولعله: «أوجدناه».

٣٥ مسألة [رجل زوج أمته من رجل بصدّاق ثم باعها أو قتلها]

قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ في رجل زَوَّجَ أُمَّتَهُ مِنْ رَجُلٍ بِصَدَاقٍ مَعْلُومٍ ثُمَّ بَاعَهَا حَيْثُ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا الزَّوْجُ أَوْ قَتَلَهَا سَيِّدُهَا أَنَّهُ لَا مَهْرَ لَهَا^(١)، فَصَيَّرَهَا فِي مَعْنَى مَنْ / بَاعَهَا فَلَمْ يَقْبِضْهَا مُشْتَرِيهَا حَتَّى مَاتَتْ فَإِنَّ الثَّمَنَ يَبْطُلُ.

وَقِيَاسُ قَوْلِهِ هَذَا عِنْدِي لَوْ تَزَوَّجَتْ حُرَّةٌ فَمَنْعَتْهُ نَفْسَهَا أَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا أَنَّهُ لَا صَدَاقَ لَهَا، فَمَعْنَاهَا فِي هَذَا الْقَوْلِ مَعْنَى مَنْ بَاعَ سَلْعَةً فِي قَوْلِهِ فَلَمْ يَقْبِضْهَا الْبَائِعُ مُشْتَرِيهَا حَتَّى أَهْلَكَهَا الْبَائِعُ أَنَّ الثَّمَنَ يَبْطُلُ.

قال المزمي: يُقَالُ لِمَنْ قَالَ بِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ: لَوْ كَانَ مَعْنَى الْمَهْرِ فِي النِّكَاحِ مَعْنَى الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ لَزِمَكَ أَنْ تَقُولَ: لَوْ زَوَّجْتُهُ ابْنَتَهُ بِمَهْرٍ صَحِيحٍ فَمَاتَتْ ابْنَتُهُ قَبْلَ تَسْلِيمِهَا إِلَيْهِ أَنَّهُ لَا مَهْرَ عَلَيْهِ، كَمَا تَقُولُ: إِذَا بَاعَهُ أَمَةٌ فَمَاتَتْ قَبْلَ تَسْلِيمِهَا إِلَيْهِ أَنَّهُ لَا ثَمَنَ عَلَيْهِ، فَلَمَّا زَعَمْتَ أَنَّ الْمَهْرَ يَلْزُمُهُ وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ ثَبَتَ بِذَلِكَ أَنَّ لَهَا الْمَهْرَ بِعَقْدِ النِّكَاحِ، لَا بِالتَّسْلِيمِ.

وَيُقَالُ لَكَ: أَرَأَيْتَ لَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَ صَغِيرَةً هَلْ يُمَكِّنُ فِيهِ التَّسْلِيمُ؟ أَرَأَيْتَ إِنْ مَاتَ الزَّوْجُ وَلَمْ يَكُنْ تَسْلِيمٌ هَلْ يَبْطُلُ الْمَهْرُ لِبُطْلَانِ التَّسْلِيمِ؟ فَإِذَا زَعَمْتَ أَنَّ الْمَهْرَ يَلْزُمُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَسْلِيمٌ لَزِمَكَ الْقَوْلُ: إِنْ الْمَهْرَ يَجِبُ بِالْعَقْدِ، لَا بِالتَّسْلِيمِ.

فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ بِالْعَقْدِ لَا بِالتَّسْلِيمِ ثَبَتَ أَنَّ الْمَهْرَ فِي الْأَمَةِ وَالْحُرَّةِ وَإِنْ قَتَلَا أَنْفُسَهُمَا أَوْ قَتَلَهُمَا غَيْرُهُمَا لَا زَمَّ، وَلَوْ كَانَ كَمَا زَعَمْتَ أَنَّ الْمَهْرَ إِنَّمَا يَجِبُ

(١) انظر «المختصر» للمزمي (الفقرة: ٢٠٥٩-٢٠٦٠).

بالتسليم لِسَقَطَ^(١) بموتها بعد العقد؛ إذ^(٢) لم يكن فيه التسليم، وفي إجماعهم على ثبوت المهر في ذلك وإن لم تُسَلِّمَ ما يدلُّ أنَّ المهر بالعقد وَخَدَهُ لا بالتسليم.

أرأيت لو جُنَّ الزوج بعد العقد فلم يُمكن التسليم، أو زَوَّجَهَا وَلِيُّهَا بوكالة منها وهي على مَسِيرَةٍ / شهرٍ ثُمَّ مَاتَتْ بعد العقد بطَرَفَةِ عَيْنٍ، أَيْسَقَطُ مهرها (١١٤/ب) بسقوط إمكان التسليم؟ فلمَّا لم يَسْقُطْ مهرها ولم يُمكن التسليم ثَبَتَ أنَّ العقد هو الموجب للمهر، لا التسليم.

ولمَّا كان ما لا يُمكن فيه التسليم وما يُمكن فيه التسليم سواء إذا مَاتَتْ وأنَّ لها المهر ثَبَتَ أنَّ المهر بالعقد، لا يَخْتَلِفُ باختلاف إمكان التسليم. فَتَفَهَّمْ وَلَا تَعْجَلْ.



قال أبو إسحاق:

الاجواب

إِنَّ كُلَّ مَا تَكَلَّمَ الْمَزْنِي رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَلَيْسَ ذَلِكَ طَرِيقَ مَا قَصَدَهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، لَا فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ، وَلَا فِي التَّفْرِقَةِ بَيْنَهُمَا.

وَجَمِيعُ مَا أَتَى بِهِ مِنَ الْإِعْتِلَالِ وَالْحُجَّةِ بِأَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ بِالْعَقْدِ فَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ لَمْ يَخْتَلِفْ فِي أَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ بِالْعَقْدِ، وَلَكِنَّهُ يَجِبُ وَجُوبًا غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ، وَاسْتَقْرَاضُهُ بِالْدُخُولِ أَوْ بِالْمَوْتِ، وَالْدَلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّهَا لَوْ ارْتَدَّتْ أَوْ أَرْضَعَتْ فَفَسَخَتِ النِّكَاحَ أَنَّ مَهْرَهَا يَبْطُلُ، وَلَوْ فَعَلَتْ ذَلِكَ بَعْدَ دُخُولِهِ بِهَا لَمْ يَبْطُلْ مَهْرُهَا، فَلَوْ كَانَ الْمَهْرُ مِلْكًا لَهَا مُسْتَقَرًّا بِالْعَقْدِ لَمَا انْفَسَخَ بِرَدِّهَا وَلَا

(١) في الأصل: «ويسقط»، ثم حول إلى المثبت. (٢) في الأصل: «إذا»، ثم حول إلى المثبت.

بِرَضَائِهَا كَمَا لَمْ يَنْفَسِخْ لَمَّا اسْتَقَرَّ بِدُخُولِهِ بِهَا، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمَهْرَ وَإِنْ وَجَبَ لَهَا فَلَيْسَ مِلْكُهَا عَلَيْهِ مِلْكًا مُسْتَقَرًّا^(١)، بَلْ ذَلِكَ مَوْقُوفٌ عَلَى مَعْنَى إِنْ وَجَدَ اسْتَقَرَّ وَلَمْ يَبْطُلْ بَعْدَهُ بِرِدَّةٍ وَلَا غَيْرِهَا، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ الْمَعْنَى حَتَّى انْفَسَخَ النِّكَاحُ بِطَلَاقٍ أَوْ فِرَاقٍ بَطَلَ نِصْفُهُ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ، / وَبَطَلَ جَمِيعُهُ فِي بَعْضٍ، وَفِي ذَلِكَ فَسَادٌ جَمِيعٌ مَا أَتَى بِهِ الْمَزْنِيُّ.

وَجُمْلَةُ الْأَمْرِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ لَيْسَ طَرِيقُ الْكَلَامِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي الْجَمْعِ أَوْ التَّفْرِيقِ وَلَا تَحْرِيمِهَا عَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ وَلَا عَلَى مَذْهَبِ غَيْرِهِ مَا سَلَكَهُ.

وَذَلِكَ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ نَصَّ عَلَى أَنَّ الْأُمَّةَ إِذَا قَتَلَتْ نَفْسَهَا أَوْ قَتَلَهَا سَيِّدُهَا بَطَلَ مَهْرُهَا، وَإِنْ قَتَلَهَا أَجْنَبِيٌّ ثَبَتَ مَهْرُهَا وَكَانَ وَالْمَوْتَ بِمَنْزِلَةٍ.

وَقَالَ فِي الْحُرَّةِ إِذَا قَتَلَتْ نَفْسَهَا أَوْ قَتَلَهَا وَلِيِّهَا أَوْ أَجْنَبِيٌّ: إِنَّ الْأَمْرَ فِي ذَلِكَ وَاحِدٌ وَلَا يَبْطُلُ مَهْرُهَا، وَإِنْ جَمِيعَ ذَلِكَ وَالْمَوْتَ بِمَنْزِلَةٍ.

فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ؛

فَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ الْحُرَّةَ وَالْأُمَّةَ فِي ذَلِكَ وَاحِدٌ، وَأَنَّ الْمَسْأَلَةَ فِيهِمَا عَلَى قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: مَا أَجَابَ فِي الْأُمَّةِ، وَالثَّانِي: مَا أَجَابَ فِي الْحُرَّةِ، وَقَدْ كَانَ أَبُو الْعَبَّاسِ بْنُ سُرَيْجٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يُقَوِّي ذَلِكَ وَيُخْرِجُ الْمَسْأَلَتَيْنِ عَلَى قَوْلَيْنِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ كَانَ يَذْهَبُ إِلَى ظَاهِرِ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الْحُرَّةِ وَبَيْنَ الْأُمَّةِ وَيَذْكُرُ فِي ذَلِكَ أَشْيَاءَ.

لَيْسَ طَرِيقُ مَنْ ذَهَبَ إِلَى الْجَمْعِ وَمَنْ ذَهَبَ إِلَى التَّفْرِيقِ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ أَبُو إِبْرَاهِيمَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَلِكَ مُتَعَلِّقًا بِالتَّسْلِيمِ كَالْبَيْعِ لَكَانَ قَتْلُهَا نَفْسَهَا

(١) فِي الْأَصْلِ: «مِلْكٌ مُسْتَقَرٌّ».

وقتل غيرها واحداً^(١) في سقوط المهر، كما استويا في البيع إذا قتلها سيدها أو قتلها غيره، ولو كان ذلك متعلّقاً بالعقد وحده لَمَا بطل ذلك بالفسخ إذا وقع برودة أو رضاع، وذلك دليل على أنه غير مُستَقَرٍّ وغير مُتعلّق / بالتسليم كالبیاعات، ألا ترى أنه لو تزوّجها وهي تُرضعُ والزوج مُرضعٌ ثم مات أو ماتت لکمل لها المهر وإن كان ذلك قد يَنْفَسَخُ بما ذكرنا.

فإن^(٢) قيل: فكيف الوجه في ذلك؟ وما المعنى الذي يَسْتَقَرُّ به المهر أو يُوجِبُ الجمع بين الحرمة والأمة أو التفرقة على ظاهر قوله؟ قيل: إنّ الجواب في ذلك أن ليس مقصود الزوج في التزويج إلا المرأة، وليس مقصود المرأة في ذلك إلا الزوج، ألا ترى أن الزوج إذا ملك بُضعها لم يَجْزُ له هبة بُضعها ولا نقل الملك عنه إلى غيره، ويجوز ذلك له في البيع والإجارة وفي جميع المعاوضات، فدلّ ذلك على أن مقصوده مواصلتها وإثبات الحرمة بينه وبينها، لا العوض الذي يَدْخُلُ بينهما، وأنّ دخول العوض في ذلك إنّما يَدْخُلُ تابعاً على جهة المعونة لها على أمرها، وعلى جهة النحلة لها، لا على طريق المعاوضات، ألا ترى إلى قوله عز وجل: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتَيْنِ نَحْلَةً﴾ [النساء: ٤]، فلو كان طريق ذلك طريق المعاوضات لَمَا جاز أن يُسمّى ذلك نَحْلَةً، وإنّما يُسمّى بهذا الاسم ما كان طريقه طريق الأفضال والبرّ والمواصلة، كما يُسمّى بهذا الاسم ما وهب الرجل لولده لأنّه قصّد بذلك إلى برّه، فإذا كان قد أجرى المهر هذا المجرى بطل أن يكون طريقه طريق المعاوضات، ولكن بطل ذلك لها على أن يبلغ منها ما يقصّد بالنكاح من الاستمتاع، إلّا أن يسبق الموت فلا يكون لها في ذلك ذنب، إذ / لا يمكن التحرّز من الموت.

(٢) في الأصل: «وإن»، ثم حول إلى المثبت.

(١) في الأصل: «واحد».

فإذا جُعِلَ له في النكاحِ أَحَدُ معنيين وهو الذي إليهما تَوَجَّها أو إلى أحدهما: مِنْ حُصُولِ استمتاعٍ، أو الصبر عليه إلى الموتِ = فقد كَمُلَ ما قَصَدَه، واستَقَرَّ مِلْكُها على ما أعطَها، وإذا عَرَضَ في ذلك عَارِضٌ مَنَعَ مِنْ بُلُوغِ ما قَصَدَه نُظِرَ في ذلك، فإن أَوْجَبَتْ الأصولُ بطلانَ بعضه أُبْطِلَ، وإن أَوْجَبَتْ بطلانَ الجميعِ بَطُلَ.

وكذلك جُعِلَ عليه نصفُ الصداقِ ولم يَبْطُلْ عنه جميعًا إذا طَلَّقَها قبل الدخولِ؛ لأنَّه لم يَبْلُغْ ما قَصَدَه، وكان الذنبُ في ذلك له، فلم يُكَمَّلْ عليه المهرُ لأنَّه لم يَبْلُغْ ما قَصَدَه، ولا أَسْقَطَ عنه جميعه إذ لا ذنبَ لها فيما يَلْحَقُها مِنَ الضررِ في إلزامِ جميعه، لأنَّ الأغلبَ أنَّها قد صَرَفَتْ كثيرًا مِنْ ذلك في أمره، فإذا أُلْزِمَتْ ذلك بلا ذنبٍ كان منها لِحَقِّها الضررُ، فَجُعِلَ البعضُ عليه والبعضُ عليها.

وإذا كان الفسخُ مِنْ قِبَلِها فلم يَبْلُغْ الزوجُ ما قَصَدَه بالنكاحِ مِنَ الاستمتاعِ لمعنى أَحَدَثَهُ مَنَعَتْهُ مِنْ ذلك، فَوَجَبَ أَنْ لا تَسْتَحِقَّ شيئًا وإن لِحَقِّها ضررٌ فهي أَلْحَقَتْ بِنَفْسِها الضررَ لإِقْدَامِها على ما وَجَبَ به فسخُ النكاحِ، فلا ذنبَ للزوجِ في ذلك، فَلَمَّا انْفَرَدَتْ بالمنعِ سَقَطَ جميعُ ذلك، وأُلْحِقَ بها الضررُ في غَرَامَةِ ما أَتْلَفَتْ.

ولو كان بَدَلُ ذلك موته أو موتها أو أَتْلَفَها مُتْلَفٌ غيرُها لَمَّا انْفَسَخَ مِنَ المهرِ شيءٌ^(١)؛ لأنَّه لا ذنبَ لواحدٍ منهما فيه، ولا قَصَدَ واحدٌ منهما إلى المنعِ مِنَ الحقِّ، فلذلك ثَبَتَ مهرُها ولم يَنْفَسَخْ منه شيءٌ^(٢).

(١١٦ / ب) وإذا كان هذا الأصلُ صحيحًا / بَنَصَ القرآنُ وبِإجماعِ الأُمَّةِ دَلَّ ذلك على فَسادِ الأصلِ الذي بَنَى عليه أبو إبراهيم المسألة، ونُظِرَ حينئذٍ في أمرِ الحُرَّةِ والأَمَةِ إذا قَتَلتا أَنْفُسَهُما هل ذلك في معنى الموتِ أو قتلِ الغيرِ، أو ذلك في معنى الفسخِ، أو بينهما فَرَقٌ؟

(١) في الأصل: «شيئا».

(٢) في الأصل: «شيئا».

والصحيحُ عندنا على مذهبِ الشافعيِّ الفرقُ بين الحُرَّةِ والأَمَةِ، وذلك أنَّ الرجلَ إذا تزوَّجَ امرأةً فقد وَجَبَ لها المهرُ، ولا خيارَ لها في منعِ الزَّوْجِ حَقَّهُ الذي قَصَدَ إليه في النكاحِ، فإذا قاما على ذلك فهما على جملةِ ما قَصَدَا؛ لأنَّ ذلك واجبٌ عليهما ما لم يَظْهَر منها بسببٌ يَدُلُّ على أنَّها قَصَدَتْ إلى مَنْعِهِ ما قَصَدَهُ بالنكاحِ، وأنَّها فَسَخَتْ النكاحَ مِنْ أَجْلِهِ، فَيَمْنَعُ أيضًا ما بَدَّلَهُ لها لِقَصْدِهَا إلى مَنْعِهِ حَقَّهُ وفَسْخِهَا العقدَ.

فإذا أَرْضَعَتْ مَنْ يُوجِبُ رِضَاعُهُ فسخَ نكاحُها، أو ارتدَّت عن الإسلامِ فانفسخَ النكاحُ = حُمِلَ الأمرُ على أنَّها قَصَدَتْ إلى فسخِ النكاحِ وَمَنْعِهِ حَقَّهُ إذ لا ضررَ عليها في ذلك، وأنَّها إذا ارتدَّت ثُمَّ عَادَتْ إلى الإسلامِ مِنْ وَقْتِهَا لم يَلْحَقْها ضررٌ في رِدَّتِهَا، فلذلك حُمِلَ أمرُها على أنَّها قَصَدَتْ إلى حُلِّ ما بينهما، فلذلك بَطَلَ مهرُها. وأمَّا إذا قَتَلَتْ نَفْسَهَا لم يُعْلَمَ بذلك أنَّها قَصَدَتْ إلى مَنْعِهِ حَقَّهُ، ولا إلى دُخُولِ الضررِ عليه؛ لأنَّ ما لَحِقَها مِنْ تَلَفِ نَفْسِهَا عاجلاً مَعَمَّا يَلْحَقُها في الآخرةِ أكثرُ مما يَلْحَقُ الزَّوْجَ مِنَ الضررِ، فلم يَجْزَ أَنْ يُحْمَلَ الأمرُ / في قَتْلِهَا نَفْسَهَا على أنَّها قَصَدَتْ بذلك إلى إدخالِ الضررِ عليه.

ومنزلةُ ذلك منزلةُ العبدِ لو أَقْرَبَ بَدْرَهُمْ يَلْزَمُ رَقَبَتَهُ لم يُقْبَلْ ذلك منه؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ على سَيِّدِهِ وأنَّه قَصَدَ بذلك إلى إدخالِ الضررِ عليه، ولو أَقْرَبَ بَقْتَلَ عَمْدًا أو بَسْرِقَةً تُوجِبُ قَطْعًا أو بَزَنًا يُوجِبُ جَلْدًا لُقِبِلَ ذلك منه وإن لَحِقَ السَّيِّدُ في ذلك ضررٌ في مَالِهِ ولم يُحْمَلْ إقرارُهُ فيما يَلْزَمُ بَدَنَهُ أَنَّهُ قَصَدَ بذلك إلى الإضرارِ بِسَيِّدِهِ؛ لأنَّ ما يَلْحَقُهُ في بَدَنِهِ أكثرُ مما يَلْحَقُ السَّيِّدَ في مَالِهِ، فلم تَلْحَقْهُ التُّهْمَةُ، فكان ذلك وإقامةُ البَيِّنَةِ عليه واحداً^(١).

(١) في الأصل: «واحد».

فكذلك المرأة في قتلها نفسها لا تلحقها التهمة أنها قصدت إلى الإضرار به، فكان القتل والموت بمنزلة واحدة، ويقع مثل ذلك في الأحكام إذا كان الشيء مقصوداً في نفسه ثبت له في نفسه حكم^(١)، وإذا كان المقصود غيره لم يكن لذلك حكم^(٢)، وكان تابعاً للغير.

ألا ترى أن الحامل لو ضرب بطنها فأسقطت ولداً حياً ثم ماتا لوجب في كل واحد منهما دية، ولو أسقطته ميتاً لوجب فيه الغرة، ولو ماتت والولد في بطنها لم يثبت للولد حكم^(٣)، وكان قتلها حاملاً أو حائلاً واحداً لا حكم للولد؛ لأنه كعضو من أعضائها ما دام في بطنها، فإذا انفرد ثبت له الحكم.

وكذلك الرجل لو قطعت يده أو رجله أو عضو من أعضائه لوجب في ذلك دية، ولو قطع له خمسة أعضاء لوجب في كل واحد دية، ولو قتله لعلم أنه قد / أتلف أعضاءه ولم يجب في أعضائه شيء^(٤)، وإنما تجب الدية في النفس، والأطراف لا حكم لها مع وجود النفس، بل تتبع النفس ويسقط حكمها، فإذا انفردت ثبت لها حكم في نفسها، ولو جاز أن يعتبر حكم البضع في المهر مع وجود النفس لجاز أن يعتبر حكم الأطراف مع وجود النفس.

ونظير ذلك أن مُحَرِّماً لو حلق من يديه شعراً لوجب عليه الفدية؛ لأنه قصد إلى الترفه بذلك، ولو قطع يد نفسه لم تجب عليه فدية وإن كان قد أتلف شعره؛ لأنه لم يقصد بذلك إلى الترفه بالشعر، وما لحقه من الضرر والألم وخوف التلف أكثر مما لحقه من الرفاهة، فلم يحكم للشعر في ذلك بشيء.

(١) في الأصل: «حكما».

(٢) في الأصل: «حكما».

(٣) في الأصل: «حكما».

(٤) في الأصل: «شيئاً».

ونظير ذلك في الأحكام كثير، وإذا وجد ذلك علم أنها إذا قصدت إلى فسخ النكاح ومنع الزوج حقه كان لذلك حكم وأبطل حقه كما أبطلت حقه، وإذا قتلت نفسها لم يجر حمل ذلك على أنها قصدت إلى الإضرار به ولا منعه حقه، فلم يسقط المهر من أجله، والله أعلم.

وإذا صحَّ ذلك في الحرَّة نُظِرَ في الأمة، فإذا العقد عليها لا يجب به على السَّيِّد إيصال^(١) الزوج إلى ما قصده من الاستمتاع بها، بل له الإحالة بينها وبينه بإخراجها عن البلد الذي هو به ومنعه نفسها لِمَا له عليها من حقِّ المِلْك من كسب وحرمة، وإذا لم يلزمه ذلك لم يلزم الزوج أيضًا إيفاء السَّيِّد حقه، إلَّا أن يختار السَّيِّد إيصاله إلى ما قصده من الاستمتاع بها، فيلزمه حينئذ العوض / من (١١٨ / ١) ذلك، وهو المهر، فلذلك قيل: إذا قتلها أو قتلت نفسها أن المهر يبطل؛ لأنَّ ذلك لم يلزم بالعقد فيكون على جُمْلَتِهِ، وإنَّما يلزم ذلك بأن يختار هو تسليمها وبُلوغ الزوج إلى ما قصده من الاستمتاع بها، فيلزمه حينئذ البَدَل.

ولذلك فرَّق الشافعي في زكاة الفطر بين الحرَّة والأمة إذا أعسر الزوج زكاة الفطر، فقال في الحرَّة: لا يلزمها ذلك إذا أعسر، وقال في الأمة: يلزم السَّيِّد ذلك إذا أعسر الزوج؛ لأنَّ النكاح للحرَّة يوجب تسليمها إلى زوجها، ولا اختيار لها في ذلك، فلذلك لم تُخاطَب في زكاة نفسها؛ لأنَّه لا سلطان لها على نفسها، وأمَّا الأمة فسلطان السَّيِّد عليها بعد التزويج كسلطانه قبل، وإنَّما يُسلَّمُها إليه باختياره، وليس له أن يختار إسقاط العوض عن نفسه إلَّا بالزام ذلك غيره، فإنَّ أحوالنا على مَلْيء، وإلَّا كان ذلك عليه، وليس كذلك الحرَّة؛ لأنَّ الحرَّة لا اختيار لها في نفسها.

(١) في الأصل: «إبطال»، وهو يقرب المعنى المقصود، ويمكن أن يكون محولا من: «إيصال».

فكذلك أمرُ النكاحِ في قتلِ السَّيِّدِ لها وفي قتلِ الحُرَّةِ نفسَها، لَمَّا لم يكن لها اختيارٌ في نفسها كانت في معنى مَنْ قَصَدَتْ إلى إبلاغِ الزوجِ إرادته إلى أن يظهرَ منها ضِدُّ ذلك، فأَمَّا الأَمَةُ فلم يُوجِبِ العقدُ عليها ذلك، فلم يَثْبُتْ عليه إلا أن يظهرَ منها ومن سَيِّدِها ما يُوجِبُ استقرارَ البدلِ، والفرقُ بينهما في هذا الموضعِ (ب / ١١٨) كالفرقِ في / زكاةِ الفطرِ.

وهذا الوجهُ أشبهُ بقولِ الشافعيِّ وأقوى على أصولِهِ، والجمعُ بين الحُرَّةِ والأَمَةِ أقوى، وعلى أيِّ الوجهين خُرِّجَت المسألةُ فليس الكلامُ فيها من حيثُ قَصَدَ المِزْنِيُّ إليه، والله أعلم.



قال المزني: قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]. فلَمَّا ارتفعت إرادة المصلِّي لم يكن مُصَلِّيًا، كان كذلك لَمَّا ارْتَفَعَتْ إرادة السَّكَرَانِ لم يكن مُطْلَقًا.

وكذلك قلنا ومَنْ قال بقولنا: لا طلاق على مُكْرِهِ لارتفاع الإرادة بالإكراه، ونَذَنكَ رَفَعَ اللهُ الكُفْرَ عن المَكْرِهِ لارتفاع الإرادة، وفي الكُفْرِ بعد الإيمان معاني منها: اسمُ الكُفْرِ، وفراق زوج، واستِثابةٌ، وإباحةُ دَمٍ، فلَمَّا لم يلزَم مَنْ كَفَرَ مُكْرَهَا اسمُ كُفْرٍ ولا فِرَاقٌ ولا استِثابةٌ ولا إباحةُ دَمٍ وقد تكلَّم بالكُفْرِ لارتفاع الإرادة = كان كذلك لا فِرَاقٌ على سَكْرَانٍ ولا مُكْرِهِ لارتفاع الإرادة عنهما.

فإن اعتلَّ مُعْتَرِضٌ بأنَّ الكُفْرَ قد يكون بالضمير ولا يكون طلاقٌ بضميرٍ حتى يكون اللفظُ بالطلاق ولا يُلْتَفَتُ إلى الضمير، فإذا كان اللفظُ بالطلاق وجب انطلاق وإن لم يكن ضميرٌ = قيل: ومن أين زعمت أن اختلافهما في عقد الضمير مانعٌ لاجتماعهما في لفظٍ بلا ضمير؟ وكذا تقول: كُلُّ ما لا يَجِبُ إِلَّا بلفظٍ فَمَتَى كان اللفظُ به وجب وإن لم يكن ضميرٌ؟

فإن أبى ذلك نقض قياسه.

وإن قال: «نعم» أجاز / طلاق النِّوَامِ والمُبْرَسَمِينَ لإظهارهم اللفظَ المُسْتَعْنِي^(١) (١/١١٩) عنده عن الضمير، وفي ذلك خروجٌ من قول الأئمة.

وإن قال: هؤلاء غيرُ مُكَلَّفِينَ والمَكْرَهُ مُكَلَّفٌ = قيل: فما تقول في بيعه وشرائه لمن اضطرَّه وأكرهه على ذلك فاسقٌ من فساق المسلمين إذا كان عندك مُكَلَّفًا، وذلك كُلُّهُ

(١) رسم الأصل: «المستغنى».

لَا يَجِبُ إِلَّا بِلَفْظِ مُخَالِفٍ لِلْكَفْرِ، فَإِنْ أَجَاذَهُ خَرَجَ مِنْ قَوْلِ الْأُمَّةِ، وَإِنْ أَبَى ذَلِكَ نَقَضَ قَوْلَهُ وَقِيلَ لَهُ: فَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْبَيْعُ وَالشَّرَى فِي نَحْوِ ذَلِكَ وَالطَّلَاقُ إِلَّا بِلَفْظٍ، فَاشْتَبَهَتْ فِي ذَلِكَ كُلُّهَا فَبَطَلَ بَعْضُهَا لَارْتِفَاعِ الضَّمِيرِ بِالْإِكْرَاهِ بِإِجْمَاعٍ لِمَ لَا ارْتِفَاعَ طَلَاقِ الْمَكْرَهِ لَارْتِفَاعِ الضَّمِيرِ قِيَاسًا عَلَى الْإِجْمَاعِ، وَفِي ذَلِكَ عَلَى مَا قُلْنَا دَلِيلٌ.

ثُمَّ نَرْجِعُ إِلَى بَقِيَةِ الْاِحْتِجَاجِ فِي طَلَاقِ السَّكَرَانِ.

فَقُلْتُ: قَدْ اجْتَمَعَ السَّكَرَانُ وَالنَّائِمُ وَالْمَكْرَهُ وَالْمَغْمَى عَلَيْهِ وَالْمَجْنُونُ فِي ارْتِفَاعِ الْإِرَادَةِ عَنْهُمْ فَلَمْ يَكُنْ لِقَوْلِهِمْ مَعْنَى فِي طَلَاقٍ وَلَا غَيْرِهِ، وَاخْتَلَفَتْ أَحْوَالُهُمْ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ فَاخْتَلَفَتْ لَذَلِكَ أَحْكَامُهُمْ.

فَكَانَ السَّكَرَانُ وَالنَّائِمُ وَالْمَكْرَهُ عَلَى تَرْكِ الصَّلَاةِ غَيْرَ فَاسِدِي الْعَقُولِ فَلَمْ سَقَطَتْ عَنْهُمْ إِعَادَةُ الصَّلَوَاتِ، وَكَانَ الْمَجْنُونُ وَالْمَغْمَى عَلَيْهِ وَالْمُبْرَسَمُ فَاسِدِي الْعَقُولِ فَسَقَطَتْ عَنْهُمْ إِعَادَةُ الصَّلَوَاتِ، وَلِكُلِّ شَبَّهٍ حَكْمٌ يُشَبِّهُهُ، فَلَا طَلَاقَ عَلَى مَنْ لَا يَعْقِلُ الْيَمِينَ مِنْ سُكْرِ وَنَوْمٍ وَجُنُونٍ وَإِغْمَاءٍ وَبِرْسَامٍ لَارْتِفَاعِ الْإِرَادَةِ عَنْهُمْ فِي حَالِ طَلَاقِهِمْ.

(١١٩/ ب) / وَقَدْ أَجْمَعَ الْمَدَنِيُّونَ وَالْكَوْفِيُّونَ وَالشَّافِعِيُّونَ أَنَّ الْمُرْتَدَّ يُسْتَتَابُ إِنْ اِمْتَنَعَ مِنَ التَّوْبَةِ قَتْلًا، وَأَنَّهُ إِنْ اسْتَتَيْبَ سَكْرَانًا فَقَالَ: «لَا أَتُوبُ» أَنَّهُ كَالْمَجْنُونِ يُسْتَتَابُ فِي حَالِ جُنُونِهِ فَيَقُولُ: «لَا أَتُوبُ» أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ حَتَّى يَمْتَنَعَ مُفِيقًا كَالْمَجْنُونِ لَا يُقْتَلُ حَتَّى يَمْتَنَعَ مُفِيقًا، فَقَضَى^(١) إِجْمَاعُهُمْ عَلَى التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْمَجْنُونِ وَالسَّكَرَانِ فِي أَنَّ اِمْتِنَاعَهُمَا مِنَ التَّوْبَةِ لَا يَكُونُ اِمْتِنَاعًا حَتَّى يَمْتَنَعَ مُفِيقَيْنِ^(٢) عَلَى تَسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا بِأَنْ لَا يَكُونَا مُطْلَقَيْنِ حَتَّى يُطْلَقَا مُفِيقَيْنِ.

(١) رَسْمُ الْأَصْلِ: «فَقَضَى».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «مُفِيقَانِ».

وهو القياسُ عندي، وهو قولُ عثمان بن عفان، وابن عباس، وعمر بن عبد العزيز، والقاسم، ويحيى بن سعيد، والزهري، والليث^(١).

قال: ويُقالُ لإخواننا القائلين بقولِ الشافعيّ في إثباتِ طلاقِ السَّكرانِ قد أَجْمَعْتُمْ والمدنيُّون والكوفيُّون أنَّ المرْتَدَّ لا يُقْتَلُ حتى يكون منه فعْلان: أحدهما: قولُ الكُفْرِ، والآخَرُ: الامتناعُ مِنَ التَّوبَةِ، ثُمَّ زَعَمْتُمْ أَنَّ السَّكرانَ إذا قال بالكُفْرِ كان كافرًا، وإذا قال بالامتناعِ لم يكن مُمْتَنِعًا، وقد قال جماعةُ العلماء: إنَّه لا يكونُ بقوله كافرًا كما لا يكونُ بقوله مُمْتَنِعًا حتى يقولَ بالكُفْرِ مُفِيْقًا كما يقولُ بالامتناعِ مُفِيْقًا، وأحدُ قولَيْهِ في سُكْرِهِ بالآخرِ شبيهٌ، فإذا اجْتَمَعْتُمْ على أنَّ أحدَ قولَيْهِ في حالِ سُكْرِهِ لا يكون له معنى قَضَى ذلك على قولِهِ الآخرِ أنَّه ليس له معنى، وفي ذلك إبطالُ قولِهِ في حالِ سُكْرِهِ مطلقًا.

وقد سَوَّيْتُمْ بين ذبيحةِ السَّكرانِ والمجنونِ فَقُلْتُمْ: تُكْرَهُ ذَبِيحَتُهُما في حالِ ذهابِ عَقُولِهِما، وفي ذلك قَضَاءٌ منكم على التَّسْوِيَةِ بين / طَلاقِهِما في حالِ ذهابِ عَقُولِهِما. (١/١٢٠)

وكذلك سَوَّيْتُمْ بينهما أيضًا فَقُلْتُمْ في القسامةِ: لا يَحْلِفُ السَّكرانُ حتى يُفِيَقَ كما لا يَحْلِفُ المجنونُ حتى يُفِيَقَ، فَسَوَّيْتُمْ بينهما في حالِ ذهابِ عَقُولِهِما، فكيف لم تُسَوِّوا بينهما في طَلاقِهِما في حالِ ذهابِ عَقُولِهِما؟

وَمِنْ قولِكُمْ: إنَّ كُلَّ مُكْرِهِ وَمَغْلُوبٍ على عَقْلِهِ فلا يَلْحَقُهُ طلاقٌ خلا السَّكرانَ مِنَ خمرٍ أو نبيذٍ، وأنَّ المعصيةَ بِشَرِبِ الخمرِ لا تُسْقِطُ عنه فرضًا ولا طلاقًا، والمغْلُوبُ على عَقْلِهِ مِنْ غيرِ معصيةٍ مُثابٌّ، فكيف يُقاسُ مَنْ عليه العقابُ بِمَنْ له الثوابُ؟ يُقالُ لهم وبالله التوفيق: إن كان الفرقُ بينهما أنَّ أحدهما ذاهِبُ العقلِ بِمُحَرَّمٍ عليه العقابُ

(١) انظر «مصنف عبد الرزاق» «باب طلاق السَّكران» (٤٣/٧) و«مصنف ابن أبي شيبة» باب «من أجاز طلاق السَّكران» (٥٥٤/٩) وباب «من كان لا يرى طلاق السَّكران جائزًا».

والمغلوب على عقله من غير معصية له الثواب فافترقوا بين طلاق سكرانين من خمير: أحدهما عاصي بشربه عليه عقاب فأجيزوا طلاقه وإعادة الصلاة، والآخر مضطر على صبيها في حلقه مكرها له بذلك ثواب فأنقطوا طلاقه وإعادة الصلاة عنه.

ولو جاز الحكم المختلف في المعنى المؤتلف لاختلاف شيئين: أحدهما: ثواب، والآخر: عقاب = لجاز أن يختلف حكم رجلين تطح أحدهما صاحبه ظلما فانتقلب دماغهما وزالت عقولهما وجنا أو برسما بأن يجب طلاق الذي عليه العقاب ولا يجب طلاق الذي له الثواب، فيجوز طلاق بعض المجانين دون بعض (١٢٠/ب) والمبرسمين في قولكم لاختلاف الأسباب، ولا يقول بهذا أحد / نعلمه.

وقد رويتم أن بعض أهل الحجاز قال: لا يلزم السكران طلاق فقلتم: يلزمه إذا لم يجري عليه طلاق أن يقول: ليس عليه قضاء صلاة كما لا يكون على المغلوب على عقله قضاء صلاة = فيقال لهم وبالله التوفيق: لو كان الدليل على إيجاب الطلاق على المطلق في حين زوال عقله إيجاب الصلاة عليه لوجب عليكم إيجاب الصلاة على النوام لوجوب الصلاة عليهم، وليس يقول بهذا أحد من المسلمين، وقد قال رسول الله صلى الله عليه: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيْقَ»^(١). وقال: «مَنْ نَامَ عَنْ صَلَاةٍ أَوْ نَسِيَهَا فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا»^(٢). فسوى بينهما في أن لا يجري عليهما قلم، وأوجب الصلاة على النائم منهما، وفي ذلك دليل على إبطال طلاق السكران؛ لأنه والنائم في زوال عقولهما وارتفاع إرادتهما سواء، فكذلك طلاقهما فيه سواء.

فانظروا فيما شرحتم تجدوه كما وصفت إن شاء الله.

(١) سبق تخريجه في مسألة إذا آلى من امرأته ثم جن فأصابها مجنونا.

(٢) أخرجه البخاري (٥٩٧) ومسلم (٦٨٤) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

الجواب

إنَّ أبا إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ قد تكلَّم في هذه المسألة في غير موضع^(١)، وأجبناه عن ذلك في «كتاب الشرح» بما فيه كفاية، غير أنَّه رَحِمَهُ اللهُ زاد في «مسائله» زياداتٍ اختيَج إلى الجواب عنها، فأعدنا الكلام في ذلك من أجل الزيادة.

وجملةُ الجواب: إنَّ قولَ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ قد اختلفَ في ذلك، فكان يذهب في القديم إلى قولِ أهلِ الحجازِ في أن لا يلحقَه طلاقٌ ولا ظهارٌ لارتفاعِ إرادته، ورجع / عن ذلك في الجديد فقال: يلزمه الطلاقُ والظهارُ وإن ارتفعتْ إرادته.

فأما مذهبه القديم فوجهه ما أتى به المزني، ولا يحتاج ذلك إلى تحريم^(٢).

وأما وجهُ القولِ الذي رجع إليه في الجديد؛ فهو أنَّ زوالَ الحكمِ عمَّن لا إرادة له في الطلاقِ ضربٌ من التخفيفِ، وذلك أنَّ الله عزَّ وجلَّ لو تعبدنا بأنَّ من لفظَ بالطلاقِ بإرادةٍ أو غيرِ إرادةٍ أنَّ ذلك يُوجبُ فُرقةً لَمَّا كان ذلك مستحيلاً، بل كان الحكمُ بذلك واقعاً.

وإذا كان ذلك كذلك عَلِمَ أنَّ إزالةَ الطلاقِ لعدمِ الإرادةِ ضربٌ من التخفيفِ قد كان يجوزُ أن يَقَعَ التشديدُ فيه، فمَجْراه مَجْرى الرُّخصِ والإباحاتِ التي تَقَعُ تخفيفاً ورفقاً من الله عزَّ وجلَّ بعباده فيما لو أراد التشديدَ والتغليظَ لكان ذلك جائزاً، وإذا جَرى زوالُ الطلاقِ عمَّن لا إرادةَ له هذا المَجْرى لم يَجْز أن يكونَ سببُ

(١) يشير إلى موارد المسألة ونظائرها في «المختصر» للمزني (طلاق السكران = الفقرة: ٢٣٤٧،

ظهار السكران = الفقرة: ٢٤٤٤، يمين السكران = الفقرة: ٣١٥٠، ردة السكران = الفقرة:

٣٢١٠، ذبيحة السكران = الفقرة: ٣٤٧٤).

(٢) كذا في الأصل، ولعله: «تحرير».

ذلك ارتكاب المعاصي ولا الدخول فيما حَظَرَ الله عليه؛ إذ ارتكابه طريق إلى العقوبة في الدنيا والآخرة، ولو جاز أن تكون المعصية سبباً للتخفيف في الدنيا لجاز أن تكون سبباً للثواب في الآخرة، وذلك مستحيل؛ لأنَّ طريق الثواب الطاعة وطريق العقاب المعصية.

(١٢١/ب) وإذا كان ذلك في أحكام الآخرة فكذلك في أحكام الدنيا، / طريق التخفيف والترفيه الطاعة، وطريق التغليظ والتشديد العقوبة ارتكاب المعصية.

ألا ترى إلى قوله عزَّ وجلَّ في أكل الميتة: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، فاشترط في الرخصة أن لا يكون عاصياً.

ومثل ذلك قوله تبارك وتعالى في إسقاط فرض قيام الليل: ﴿عَلِمَ أَن سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَرْضَىٰ ۖ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ۖ وَآخَرُونَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، فلم يجز أن يكون سبب التخفيف القتال في معصية الله عزَّ وجلَّ.

وكذلك قال عزَّ وجلَّ: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ۖ إِنَّ خِفَتمُ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [النساء: ١٠١]، فجعل سبب الرخصة الاشتغال بالطاعة، ألا ترى إلى قول عمر للنبي صلى الله عليه وسلم: كيف نقصر وقد أمنا؟ فقال صلى الله عليه وسلم: «صدقة تصدق الله بها عليكم، فاقبلوا صدقته»^(١)، والصدقة لا يكون سببها ارتكاب معصية ولا دخول في محذور، وإنما يكون سببها الطاعة.

وهذا يدل على أن رخص الله عزَّ وجلَّ وتخفيفه إنما وقع في المطيعين وفيمن لم يرتكب محظوراً، فأما من كان عاصياً مُقِيمًا على ما يُسَخِّطُ الله عزَّ وجلَّ فقد نصرَّ عزَّ وجلَّ أن ذلك لا يكون سبباً للإباحة ولا للتخفيف.

(١) أخرجه مسلم (٦٨٦) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وإذا صَحَّ ذلك فالسكران عاصي الله في شُرْبِهِ وسُكْرِهِ، وزوال الحكم عنه تخفيفٌ، ولا / يجوزُ أن يكون سببُ التخفيف ارتكابَ كبيرةٍ، فلذلك أوقفنا (١/١٢٢) طلاقَ السكرانِ، والله أعلم.

وقد قيل في إيقاع طلاقِ السكرانِ وجهٌ آخرٌ، وهو أن يُقال: إن ما يُرادُ به الطلاقُ من عدم الإرادة على ضربين:

ضربٌ يُعْلَمُ أنَّه غيرُ مُريدٍ عِلْمَ إحاطة.

وضربٌ منه يُعْلَمُ ظاهرًا، ويجوزُ أن يكون مُريدًا وإن حكمنا له بأنه غيرُ مُريدٍ في الظاهر.

فما كان من الضربِ الذي يُعْلَمُ عِلْمَ إحاطةٍ فالطلاقُ فيه ساقطٌ بكُلِّ وجهٍ، وما كان من ذلك يُعْلَمُ في الظاهرِ ويجوزُ أن يكون الأمرُ في الباطنِ بخلافه فلا بُدَّ من أَمَارَةٍ تَظْهَرُ يُعْلَمُ في الظاهرِ أنَّه لا إرادةَ له، وأمَّا إذا ادَّعى ذلك بلا أَمَارَةٍ لم يُقْبَلْ ذلك منه، وجَرَى الحكمُ عليه.

ألا تَرَى أَنَّ رجلاً من الصالحين لو لَفَظَ بالطلاقِ وذكر أن لا إرادةَ له لَوَقَعَ الطلاقُ في الحكمِ وإن كان عندنا صادقًا؛ لأنَّه ادَّعى ذلك بلا أَمَارَةٍ ظاهرٍ تدلُّ عليه، ولو أنَّه قال: كنتُ نائمًا وظهرتُ أمارتُهُ لَقُبِلَ ذلك منه وإن أمكن أن يكون في الباطنِ مُنْتَبِهًا؛ لأنَّ أَمَارَةَ ذلك قد ظَهَرَ فُقِبِلَ به، ومن لم تَظْهَرِ منه أمارتُهُ لم يُقْبَلْ.

وإذا كان هذا صحيحًا فقد عُلِمَ أن ليس كُلُّ مَنْ أَظْهَرَ السُّكْرَ سكرانًا^(١)، ولا كُلُّ مَنْ أَظْهَرَ زوالَ العقلِ بالشُّرْبِ كان صادقًا، وفي الأصلِ أَنَّ / الطلاقَ واقعٌ، (١/١٢٢) ب وأنَّ الإرادةَ صحيحةً، حتَّى لا يُقْبَلُ قولٌ من لَفَظَ بذلك وإن كان من أوثق الناسِ

(١) في الأصل: «سكران».

وَأَتَقَاهُمْ اللَّهُ أَنْ لَا إِرَادَةَ لَهُ؛ لِأَنَّ طَلَاقَهُ قَدْ ظَهَرَ، وَأَمَارَةٌ مَا ذَكَرَهُ لَمْ تَظْهَرْ، وَإِذَا فُعِلَ ذَلِكَ فِي أَوْثَقِ النَّاسِ وَأَعْلَمِهِمْ وَأَوْرَعِهِمْ فَكَيْفَ يُقْبَلُ دَعْوَى فَاسِقٍ مِنْ فُسَاقِ الْمُسْلِمِينَ قَدْ ارْتَكَبَ مُحْظُورًا وَأَلْزَمَ نَفْسَهُ بِذَلِكَ حَدًّا أَنَّهُ لَا إِرَادَةَ لَهُ وَأَنَّهُ كَانَ زَائِلَ الْعَقْلِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ؟ بَلْ سَبِيلُهُ أَنْ يَكُونَ أَسْوَأَ حَالًا مِنَ الَّذِي لَمْ يَرْتَكِبْ مَعْصِيَةً وَلَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ كَذِبٌ وَلَا فَسْقٌ^(١).

فَإِنْ قِيلَ: أَمَارَةٌ مَا ذَكَرَهُ ظَاهِرَةٌ كَالنُّومِ = قِيلَ: لَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ أَمَارَةٌ قَبُولِ قَوْلِهِ وَالتَّخْفِيفِ عَنْهُ فِي طَلَاقِهِ ارْتِكَابَ مَعْصِيَةٍ، بَلْ سَبِيلُهُ بَارْتِكَابِهِ الْمَعْصِيَةَ أَنْ يُزَادَ تَغْلِيظًا وَتَشْدِيدًا عَلَى مَا كَانَ يَلْزَمُهُ قَبْلَ مَعْصِيَتِهِ إِنْ أَمَكْنَ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَأَحْسَنُ أَحْوَالِهِ أَنْ يَكُونَ مِثْلَهُ، فَإِذَا كَانَ الْمَطِيعُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يُزِيلُ عَنْهُ الْحُكْمَ كَانَ الْعَاصِي بِذَلِكَ أَوْلَى.

وَكِلَا الْوَجْهَيْنِ مُحْتَمِلَانِ^(٢)، وَبِأَيُّهِمَا قِيلَ فِيهِ إِفْسَادٌ مَا أَتَى بِهِ الْمَزْنِيُّ.

وَأَمَّا الْفُصُولُ الَّتِي أَتَى بِهَا عَلَى الشَّافِعِيِّ فَكَثِيرٌ مِنْهُ مَذْهَبُنَا وَمَذْهَبُهُ فِيهِ وَاحِدٌ، وَإِنَّمَا قَدَّرْنَا أَنَّا لَا نُجِيبُ بِذَلِكَ فَتَلَزُمُنَا الْمُنَاقَضَةُ، وَذَلِكَ ظَنٌّ فَاسِدٌ، وَنَحْنُ نُجِيبُ عَنْ ذَلِكَ فَصَلًا فَصَلًا.

* فَأَمَّا مَا ذَكَرَ مِنْ قَوْلِهِ عَزَّجَلَّ: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] = فَهَذِهِ نَزَلَتْ عِنْدَنَا فِي تَحْرِيمِ الْخَمْرِ / وَتَأْكِيدِهِ، وَبَيَّنَّ أَنَّ شَرْبَهُ يَمْنَعُ مِنَ أَدَاءِ الْفَرْضِ، وَمَا أَذَى إِلَى الْمَنْعِ مِنْ أَدَاءِ الْفَرْضِ فَ مُحْظُورٌ؛ لِأَنَّ الْفَرْضَ لَا بُدَّ مِنْ أَدَائِهِ، وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي تَحْرِيمِهِ لَا فِي الرِّخْصَةِ فِي تَأْخِيرِ الصَّلَوَاتِ مِنْ أَجْلِ السُّكْرِ لِعَدَمِ الْإِرَادَةِ فَإِنَّمَا لَحِقَهُ التَّغْلِيظُ وَالتَّشْدِيدُ مِنْ أَجْلِ الْمَعْصِيَةِ، فَمُنْعَ أَنْ يُؤْذِيَ

(١٢٣ / ١)

(١) فِي الْأَصْلِ: «كَذِبًا وَلَا فَسْقًا»، ثُمَّ حُولَ إِلَى الْمُثْبِتِ.

(٢) فِي الْأَصْلِ: «مُحْتَمِلَيْنِ».

بذلك الوصف من أجل المعصية من حيث يكون في تأخير عاصيًا، ولو كان زوال عقله من غير معصية لما كان في تأخير ذلك آثمًا، وكانت الرخصة والترفيه به لاحقًا، وإنما لحقه التغليظ والتشديد والمنع من الصلاة حتى يفيق حيث لم ينتبه وارتكب ما نهى الله عنه من أجل زوال عقله بسبب زوال معصيته، فكيف يجوز أن يكون ذلك دليل زوال حكم الطلاق عنه ويلحقه الترفيه من أجل عدم إرادته؟ والله أعلم.

ويقال له: المنع من الصلاة في حال السكر حتى يرجع إليه عقله من حيث يكون عاصيًا لله عز وجل في تأخير سخطه عليه إن لقيه قبل أدائه ضرب من التغليظ في ذلك الفرض، ولو أُجيز له صلاته وإن كان زائل العقل لكان ذلك ضرباً^(١) من التخفيف، والشافعي رحمه الله لا يأبى أن يلحقه التغليظ من أجل سكره، وإنما يأبى أن يلحقه الترفيه أو التخفيف من أجل سكره، فزوال الطلاق عن السكران فيه ترفيه، فلذلك لم يزُل عنه الطلاق، وفي إجازة صلاته سكراناً / ضرب من الترفيه، (١٢٣ / ب) فلم يجز الاحتساب له به، وفي منعه من الصلاة حتى يرجع إليه عقله ضرب من التغليظ، فجعل ذلك عليه، وذلك بإزاء وقوع^(٢) الطلاق على السكران، وإزالة الطلاق عن السكران بإزاء إجازة صلاته سكراناً، والله أعلم.

* وأما قوله: رفع الله الكفر عن المكروه لارتفاع الإرادة، وفيه اسم الكفر وفراق زوج واستتابة، فلما زال ذلك لارتفاع الإرادة كان كذلك السكران لارتفاع الإرادة عنهما = فالجواب: إن ذلك غير لازم؛ لأن العلة في ارتفاع الكفر عن المكروه عليه ارتفاع إرادته، وأنه مطيع لله عز وجل، والذي أكرهه على ذلك عاصي لله، ألا ترى إلى قوله: ﴿وَقُلُوبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦]، والمطيع يلحقه التخفيف

(١) في الأصل: «ضرب».

(٢) رسم الأصل: «وذلك بان اوقع». ويشبه أن يكون تصحيحاً.

والتَّزْيِيهُ، فكيف يُشَبَّه المَكْرَهُ على الكُفْرِ وهو مطيعٌ لله بالسكرانِ وهو عاصيٌ لله وهما مختلفان؟ والله أعلم.

* وأما ما حَكَاهُ مِنْ اغْتِلَالِ أَصْحَابِنَا بِأَنَّ الكُفْرَ قَدْ يَكُونُ بِالضَّمِيرِ، وَلَا يَكُونُ طَلَاقَ بِالضَّمِيرِ، إِلَى آخِرِ كَلَامِهِ فِي هَذَا الْمَعْنَى وَجَوَابُهُ عَنْهُ = فَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْنَا فَيَحْتَاجُ إِلَى الْجَوَابِ عَنْهُ، وَإِنَّمَا زَالَ حُكْمُ الكُفْرِ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ مُطِيعٌ لِلَّهِ كَارِهٌِ لِمَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ، فَلِذَلِكَ زَالَ الْحُكْمُ عَنْهُ.

* وكذلك ما أَتَى بِهِ فَيَمَنْ أُكْرِهَ عَلَى الْبَيْعِ أَوْ الشَّرْيِ فَأُكْرِهَهُ عَلَى ذَلِكَ فَاسْتَوْ (١/١٢٤) مِنْ فَسَاقِ الْمُسْلِمِينَ = فَذَلِكَ غَيْرُ لَازِمٍ، وَلَيْسَ الْعِلَّةُ / فِي ذَلِكَ أَنَّهُ مُكْرَهٌُ فَحَسَبُ، وَلَكِنَّ الْمَعْنَى فِي ذَلِكَ أَنَّهُ مَظْلُومٌ فِيمَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزْ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ ثَبَّتَ عَلَيْهِ حَقٌّ فَاِمْتَنَعَ مِنْ أَدَاءِ الْحَقِّ فَأُكْرِهَ عَلَى بَيْعِ عَقَارِهِ لِيُؤَدِّيَ الْحَقَّ الَّذِي عَلَيْهِ فَبَاعَ لَكَانَ ذَلِكَ جَائِزًا؛ لِأَنَّ مَنْ أُكْرِهَهُ عَلَى ذَلِكَ مُطِيعٌ، وَهُوَ فِي امْتِنَاعِهِ عَاصِيٌ، فَكَانَ بَيْعُهُ جَائِزًا وَإِنْ كَانَ مُكْرَهًا إِذَا كَانَ الَّذِي أُكْرِهَهُ عَلَى ذَلِكَ مُطِيعًا، وَإِذَا كَانَ الَّذِي أُكْرِهَهُ عَاصِيًا وَهُوَ فِي امْتِنَاعِهِ غَيْرَ عَاصِيٍّ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ، وَالْعِلَّةُ مَا ذَكَرْنَا، لَا زَوَالُ الْإِرَادَةِ وَحْدَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: اجْتَمَعَ السَّكَرَانُ وَالنَّائِمُ وَالْمُكْرَهُ وَالْمُغْمَى عَلَيْهِ وَالْمَجْنُونُ فِي ارْتِفَاعِ الْإِرَادَةِ عَنْهُمْ، فَلَمْ يَكُنْ لِقَوْلِهِمْ مَعْنَى فِي طَلَاقٍ وَلَا غَيْرِهِ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ أَحْوَالُهُمْ وَأَحْكَامُهُمْ، فَكَانَ السَّكَرَانُ وَالنَّائِمُ وَالْمُكْرَهُ عَلَى تَرْكِ الصَّلَاةِ غَيْرَ فَاسِدِي الْعُقُولِ، فَلَمْ يَسْقُطْ عَنْهُمْ إِعَادَةُ الصَّلَوَاتِ، وَكَانَ الْمَجْنُونُ وَالْمُغْمَى عَلَيْهِ وَالْمَبْرَسَمُ فَاسِدِي الْعُقُولِ، فَسَقَطَتْ عَنْهُمْ إِعَادَةُ الصَّلَوَاتِ، وَلِكُلِّ شَبَّهٍ حُكْمٌ شَبَّهٍ، فَلَا طَلَاقَ عَلَى مَنْ لَا يَعْقِلُ مِنْ سُكْرِ وَنَوْمٍ وَجَنُونٍ وَإِغْمَاءٍ وَبَرَسَامٍ لَارْتِفَاعِ الْإِرَادَةِ فِي حَالِ طَلَاقِهِمْ = فَالْجَوَابُ عَنْ ذَلِكَ: إِنَّ مَا أَتَى بِهِ فِي هَذَا الْفَصْلِ حُجَّةٌ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ اجْتِمَاعُهُمْ فِي

زوال الإرادة يُوجب اجتماعهم في زوال الحكم في الوقت لوجب بذلك / اجتماعهم (١٢٤ / ب) في زوال الإعادة في ثاني، وإلا فإذا جاز اجتماعهم في زوال الإرادة في وقت لزوم الفرض لم تختلف أحكامهم في لزوم الفرض ووجوب الإعادة فلا يلزم بعضهم ويلزم البعض فتختلف أحكامهم باختلاف معانيهم مع استوائهم في وقت الفرض في عدم الإرادة = جاز أيضا أن يجتمعوا في عدم الإرادة وتختلف أحكامهم في الوقت فيلزم في البعض ولا يلزم في البعض لاختلاف معانيهم، ولا يجب لاجتماعهم في عدم الإرادة استواء أحكامهم في الوقت، كما لم يجب ذلك في باب الإعادة، فإذا جاز له أن يفرق في الإعادة بين النائم وبين المغلوب على عقله بصحة العقل وفساده جاز أن يفرق نحن بين السكران وبين النائم في الطلاق أن النائم غير عاصي فزال عنه الحكم لعدم إرادته فيما ليس بعاصي وهو معذور فيه، وأمّا السكران فعاصي لله غير معذور فيما هو فيه، فلم يزل عنه الحكم ولم يلحقه ترفية، والله أعلم.

* وأمّا ما ذكره المزي من أن المدني والكوفي والشافعي قد أجمعوا على أن المرتد يستتاب، فإن امتنع من التوبة قُتل، وأنه إن استيب سكرانا فقال: «لا أتوب» أنه كالمجنون يستتاب في حال جنونه فيقول: «لا أتوب»، وأنه لا يقتل حتى يمتنع مفيقا كالمجنون لا يقتل حتى يمتنع مفيقا فقضى^(١) إجماعهم على

التسوية بين المجنون والسكران في أن امتناعهما من التوبة لا يكون / امتناعا حتى يمتنع مفيقين على تسويته بينهما في أن لا يكونا مطلقين حتى يطلقا مفيقين، وأنه القياس عنده، إلى آخر كلامه = فليس الأمر فيما ذكره كما حكاها، لأننا نستيب غير السكران، فإن تاب، وإلا أجلناه ثلاثا أملا لرُجوعه، وأن قتلَه أمر لا يفوت إن أقام على امتناعه، وإذا امتنعنا في الصحيح أن نقتله ولم يدل ذلك على أنه ليس

(١) رسم الأصل: «فقضا».

بمُرْتَدٍّ فكذلك السكرانُ وإن لم نَقْتُلْهُ إذا اُمْتَنَعَ فليس ذلك دليلٌ أَنَّهُ ليس بمُرْتَدٍّ، بل لو قَتَلَهُ قَاتِلٌ لَقُتِلَ مُرْتَدًّا مَبَاحَ الدِّمِّ، وتأخيرُ ذلك ليس من جهة أَنَّهُ ليس بمُرْتَدٍّ، وإنما ذلك تَأْنِي في أمرِهِ لِيُؤَدِّيَ ذلك إلى إِسْلَامِهِ فَيُسْتَغْنَى بذلك عن قَتْلِهِ، وحكمُ الكُفْرِ جَارِي عَلَيْهِ، فلو ماتَ لماتَ كَافِرًا، وَلَكَانَ مَالُهُ لَجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ لَا يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ، ولو رَامَ إِيَّانَ امْرَأَتِهِ فِي حَالِ سُكْرِهِ لَمَنْعَنَاهُ مِنْ ذَلِكَ؛ لَأَنَّهُ كَافِرٌ لَا يُمَكِّنُ مِنْ مُسْلِمَةٍ، وفي ذلك إِبْطَالُ مَا أَتَى بِهِ الْمَزْنِيُّ.

وَأَمَّا الْمَجْنُونُ إِذَا ارْتَدَّ فِي حَالِ جُنُونِهِ فَهُوَ مُسْلِمٌ لَا يُسْتَتَابُ، وَلَا مَعْنَى فِي اسْتِيتَابَتِهِ مَجْنُونًا كَمَا لَا مَعْنَى فِي رِدَّتِهِ مَجْنُونًا، فَلَا رِدَّتُهُ مُعْتَبَرَةٌ، وَلَا امْتِنَاعُهُ مُعْتَبَرٌ، وَهُوَ فِي ذَلِكَ مَعْدُورٌ لَزَوَالِ عَقْلِهِ مِنْ حَيْثُ لَوْ مَاتَ لَمَاتَ مُؤْمِنًا.

وَأَمَّا السَّكَرَانُ فَعَاصِي، إِذَا ارْتَدَّ فِي حَالِ سُكْرِهِ فَهُوَ كَافِرٌ، إِنْ مَاتَ مَاتَ كَافِرًا، وَإِنْ كَانَ ارْتَدَّ قَبْلَ سُكْرِهِ ثُمَّ سَكِرَ كَانَ تَأْخِيرُ أَمْرِهِ عَلَى ضَرْبٍ مِنَ الْإِحْتِيَاظِ / كَمَا (ب / ١٢٥) فَعِلَ ذَلِكَ فِي صَحِيحِ الْعَقْلِ، لَا عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ لَيْسَ بِمُرْتَدٍّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: وَيُقَالُ لِإِخْوَانِنَا الْقَائِلِينَ بِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ فِي إِثْبَاتِ طَلَاقِ السَّكَرَانِ: قَدْ اجْتَمَعَتِ الْمَدِينَةُ وَالْكُوفَةُ أَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يُقْتَلُ حَتَّى يَكُونَ مِنْهُ فَعْلَانُ: أَحَدُهُمَا: قَوْلُ الْكُفْرِ، وَالْآخَرُ: امْتِنَاعُهُ مِنَ التَّوْبَةِ، ثُمَّ زَعَمْتُمْ أَنَّ السَّكَرَانَ إِذَا قَالَ بِالْكَفْرِ كَانَ كَافِرًا، وَإِذَا قَالَ بِالْإِمْتِنَاعِ لَمْ يَكُنْ مُمْتِنِعًا، وَقَالَ جَمَاعَةُ الْعُلَمَاءِ: إِنَّهُ لَا يَكُونُ بِقَوْلِهِ كَافِرًا كَمَا لَا يَكُونُ بِقَوْلِهِ مَمْتِنِعًا حَتَّى يَقُولَ بِالْكَفْرِ مُفِيقًا كَمَا يَقُولُ بِالْإِمْتِنَاعِ مُفِيقًا، وَأَحَدُ قَوْلَيْهِ فِي سُكْرِهِ بِالْآخِرِ شَبِيهٌ، فَإِذَا اجْتَمَعْتُمْ عَلَى أَنَّ أَحَدَ قَوْلَيْهِ فِي حَالِ سُكْرِهِ لَا يَكُونُ لَهُ مَعْنَى قَضَى ذَلِكَ عَلَى قَوْلِهِ الْآخِرِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَعْنَى، وَفِي ذَلِكَ إِبْطَالُ قَوْلِهِ فِي حَالِ سُكْرِهِ مُطْلَقًا = فَالْجَوَابُ: إِنَّ السَّكَرَانَ إِذَا ارْتَدَّ كَانَ كَافِرًا، وَإِذَا اُمْتَنَعَ اسْتَحَقَّ بِذَلِكَ الْقَتْلَ، كَمَا أَنَّ الصَّحِيحَ إِذَا ارْتَدَّ كَانَ مُرْتَدًّا،

وإذا امتنع استحقَّ القتل، غير أن من استحقَّ القتل قد يؤخر ذلك لأسبابٍ تعرض،
وربما فعل ذلك احتياطاً، لا على معنى أنه غير مُستحقٍّ للقتل، لأنه لا خلاف أن
الصحيح إذا ارتدَّ وعرض عليه الإسلام فامتنع أنه مُستحقٌّ للقتل، ومع ذلك فقد
قام الدليل أنه يؤخر ثلاثاً، ولا خلاف نعلمه أنه لو قال: «أخلوني ساعة حتى أفكر
وأطعموني حتى ترجع نفسي إلي» أنه يؤخر، وهو مع ذلك مُستحقٌّ للقتل، فإذا
جاز وقوع التأخير في الصحيح مع استحقاقه / للقتل فكيف لا يجوز ذلك في
السكران؟ ولا يكون في امتناعنا من قتله أنه غير مُستحقٍّ للقتل، بل هو كافر ممتنع
غير أن ذلك أخر لما يرجي له، وفي ذلك إفساد ما أتى به المزي رَحِمَهُ اللهُ، وأنه لا
يلزم من أجل ما أتى به إزالة الطلاق عن السكران، والله أعلم.

* وأما قوله: فقد سَوَّيْتُم بَيْنَ ذَبِيحَةِ السَّكَرَانِ وَالْمَجْنُونِ فَقُلْتُمْ: تُكْرَهُ ذَبِيحَتُهُمَا،
وفي ذلك قضاء منكم على التسوية بين طلاقهما = فما أتى به فغير لازم؛ لأن امتناعنا
عن ذبيحة السكران تغليظ وتشدُّد، وإذا كان المجنون المعذور لِحَقِّهِ التَّغْلِيظُ فِي
ذَبِيحَتِهِ لِزَوَالِ عَقْلِهِ كَانَ السَّكَرَانُ الْعَاصِي الَّذِي لَيْسَ بِمَعْذُورٍ أَوْلَى بِالتَّغْلِيظِ وَبِفْسَادِ
ذَبِيحَتِهِ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللهُ يَمْتَنِعُ مِنَ الْإِحَاقِ التَّغْلِيظِ مِنْ أَجْلِ مَعْصِيَتِهِ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ
مِنْ أَنْ تَلْحَقَهُ الرِّفَاهَةُ مِنْ أَجْلِ مَعْصِيَتِهِ فِي زَوَالِ عَقْلِهِ، فَمَا كَانَ مِنَ الْأَحْكَامِ الَّتِي لِحَقِّ
فِيهَا التَّغْلِيظُ لِلْمَعْذُورِ فَالسَّكَرَانُ الْعَاصِي بِذَلِكَ أَوْلَى، وَمَا كَانَ مِنَ الْأَحْكَامِ الَّتِي
لِحَقِّ الْمَعْذُورِ فِيهِ التَّخْفِيفُ وَالتَّرْفِيهُ لَمْ يَكُنِ السَّكَرَانُ قِيَاسَهُ، وَإِدْخَالُ مَا كَانَ طَرِيقَهُ
طَرِيقَ التَّغْلِيظِ فِي الْمَعْذُورِ فإدخاله في هذا الباب لا وجه له، وإنَّما ذلك إعناء ممَّنْ
أَتَى بِهِ، وَذَهَابٌ عَمَّا قَصَدَهُ / الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي إِلْزَامِ السَّكَرَانِ الطَّلَاقَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

* وأما قوله: وَسَوَّيْتُم أَيْضًا بَيْنَهُمَا فِي الْقَسَامَةِ فَلَمْ تُحْلِفُوا السَّكَرَانَ حَتَّى يُفِيقَ
كَمَا لَا يُحْلَفُ الْمَجْنُونُ حَتَّى يُفِيقَ، فكيف لم تُسَوِّوا بينهما في طلاقهما؟ = فهذا

أَيْضًا غَيْرُ لَازِمٍ؛ لِأَنَّ قَبُولَ يَمِينِهِ فِي حَالِ سُكْرِهِ ضَرْبٌ مِنَ التَّرْفِيهِ، لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِهِ مَالًا، وَفِي امْتِنَاعِنَا مِنْ قَبُولِ يَمِينِهِ حَتَّى يُفَيِّقَ ضَرْبٌ مِنَ التَّغْلِيظِ، وَنَحْنُ لَا نَأْبَى التَّغْلِيظَ فِي أَمْرِهِ، إِذْ هُوَ عَاصِي لَهِ فِي زَوَالِ عَقْلِهِ، وَإِنَّمَا نَأْبَى أَنْ يَلْحَقَهُ التَّرْفِيهِ، وَقَبُولَ يَمِينِهِ فِيهِ التَّرْفِيهِ، لِأَنَّهُ يَخْلِفُ لِيَسْتَحِقَّ بِهِ مَالًا أَوْ دَمًا أَوْ يَدْفَعَ عَنْ نَفْسِهِ مَالًا أَوْ قَتْلًا، وَأَيُّ هَذِهِ الْمَعَانِي كَانَ فِي قَبُولِهِ تَرْفِيهِ.

عَلَى أَنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَقُولُ: إِنَّ تَأْخِيرَ يَمِينِهِ فِي الْقِسَامَةِ اسْتِحْبَابٌ وَاحْتِيَاظٌ، لَا عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ إِنْ حَلَفَ لَمْ يَسْتَحِقَّ، كَمَا قُلْنَا فِي الْمُرْتَدِّ، وَإِذَا قِيلَ ذَلِكَ سَقَطَ كَلَامُ الْمَزْنِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَصَارَ الْكَلَامُ فِيهِ كَالْكَلَامِ فِي الْمُرْتَدِّ فِي تَأْخِيرِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: وَمِنْ قَوْلِكُمْ: كُلُّ مُكْرَهٍ وَمَغْلُوبٍ عَلَى عَقْلِهِ فَلَا يَلْحَقُهُ طَلَاقٌ خَلَا السُّكَرَانُ مِنْ خَمْرٍ أَوْ نَبِيذٍ؛ لِأَنَّهُ عَاصِي عَلَيْهِ الْعِقَابُ، وَلَا يُقَاسُ مَنْ عَلَيْهِ الْعِقَابُ بِمَنْ لَهُ الثَّوَابُ. وَجَوَابُهُ عَنْ ذَلِكَ أَنْ لَوْ كَانَ هَذَا الْفَرْقُ صَحِيحًا لَفُرَّقَ بَيْنَ طَلَاقِ سُكَرَانَيْنِ مِنْ خَمْرٍ: أَحَدُهُمَا عَاصِي بِشُرْبِهَا عَلَيْهِ عِقَابٌ فَيَجُوزُ طَلَاقُهُ، وَالْآخَرُ مُضْطَرٌّ عَلَى / صَبِّهَا فِي حَلْقِهِ مُكْرَهًا لَهُ بِذَلِكَ الثَّوَابِ فَيَسْقُطُ طَلَاقُهُ = فَالْجَوَابُ (١٢٧/١) عَنْ ذَلِكَ: إِنَّ مَا حَكَاهُ عَنَّا فِي هَذَا الْفَصْلِ فَهُوَ عَلَتْنَا، وَهُوَ صَحِيحٌ، أَنَّ السُّكَرَانَ عَلَيْهِ الْعِقَابُ، وَالْمَجْنُونُ لَهُ الثَّوَابُ، وَلَا يُقَاسُ مَنْ عَلَيْهِ الْعِقَابُ بِمَنْ لَهُ الثَّوَابُ فِي سُقُوطِ الْفَرَائِضِ وَلَا فِيمَا يَلْحَقُهُ مِنَ التَّرْفِيهِ فِي الْأَحْكَامِ، وَمَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ يَلْزَمُنَا مِنْ افْتِرَاقِ حُكْمِ السُّكَرَانَيْنِ إِذَا شَرِبَ أَحَدُهُمَا مَخْتَارًا وَالْآخَرُ مُكْرَهًا فَهُوَ كَمَا ذَكَرَ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَنْ صَبَّ فِي حَلْقِهِ الْخَمْرُ حَتَّى سَكِرَ كُرْهًا لَا يَلْزَمُهُ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ مُثَابٌّ، فَهُوَ كَالنَّائِمِ وَالْمَجْنُونِ، وَمَنْ شَرِبَهُ اخْتِيَارًا حَتَّى سَكِرَ فَطَلَاقُهُ وَاقِعٌ، وَلَا يَلْحَقُهُ التَّرْفِيهِ فِي زَوَالِ الطَّلَاقِ عَنْهُ، وَهَذَا مَا لَا يُعْلَمُ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ اخْتَلَفَ فِيهِ، وَلَا قَالَ فِي الْقَدِيمِ وَلَا فِي الْجَدِيدِ أَنَّ طَلَاقَ السُّكَرَانِ الَّذِي صَبَّ فِي حَلْقِهِ الْخَمْرُ وَهُوَ كَارَةٌ يَلْزَمُهُ طَلَاقٌ، وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ فِيمَنْ اخْتَارَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* وأما قوله: ولو جاز الحكمُ المختلِفُ في المعنى المؤتلفِ لاختلاف
شيئين: أحدهما: ثواب، والآخر: عقاب، لجاز أن يختلف حكمُ رجلين نطَحَ
أحدهما صاحبه ظُلْمًا فانقلبَ دماغُهما وزالت عَقولُهما وجُنَّا أو بُرِسَما، وأن
يَجِبَ طلاقُ الذي عليه العقابُ ولا يَجِبُ طلاقُ الذي له الثوابُ، فيجوزُ طلاقُ
بعضِ المجانينِ دون بعضٍ والمبرِّسِمينِ دون بعضٍ، لاختلافِ الأسبابِ، ولا
يقولُ بهذا / أحدُ نَعْلَمُهُ = فالجوابُ عن ذلك: إنَّ الحكمَ لا يَخْتَلِفُ مِنْ طريقِ (١٢٧/ ب)
المعاني مع اتِّفاقِ المعاني ولا يَتَّفِقُ مع اختلافِ المعاني، ولكن يَتَّفِقُ لاتِّفاقِ
المعاني ويَخْتَلِفُ لاختلافِ المعاني، ألا تَرى إلى قوله عَزَّجَلَّ: ﴿فَمَنْ أَضْطَرُّ غَيْرَ
بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، فَخَصَّ بعضَ المضْطَرِّينَ بالرخصةِ دون
بعضٍ - والضرورةُ في الجميعِ موجودةٌ - لاختلافِ أسبابِهما، وأنَّ أحدهما خَرَجَ
في طاعةِ الله، والآخرُ خَرَجَ في محاربةِ الله، فَأُثِّبَتِ الله الرخصةَ في أَكْلِ الميتةِ لمن
خَرَجَ في طاعته، ولم يُثْبِتِ الرخصةَ لمن خَرَجَ في معصيته، والضرورةُ في الجميعِ
موجودةٌ، فكذلك السكرانُ والنائمُ مجتمِعان^(١) في زوالِ العقلِ، غيرَ أنَّ أحدهما
زالَ عقلُه بمعصيةٍ ارتكَبَها، فلم يَلْحَقْهُ التخفيفُ ولا التَّرفِيه، وزالَ عقلُ الآخرِ من
غيرِ معصيةٍ ارتكَبَها، فَتَثْبُتُ له الرخصةُ، فاختَلَفَ حكمُهما مع استوائِهما في زوالِ
عقولِهما، كما اختلفَ حكمُ المضْطَرِّينَ مع استوائِهما في الضرورةِ، لاختلافِهما
في السببِ الذي أدَّى إلى الضرورةِ.

وأما قوله في المتناطحين فالجوابُ في ذلك على وجهين:

أحدهما: أن يُفَرَّقَ بين الناطحِ الظالمِ وبين المنطوحِ المظلومِ كما فُرِّقَ بينهما
في السُّكْرِ.

(١) في الأصل: «مجتمعين».

والوجه الثاني: أن الناطح والمنطوح في ذلك واحد في زوال الحكم عنهما، وأن ذلك مفارق للسكرانين اللذين أحدهما مثناب والآخر عليه العقاب؛ لأن / أحدا لا يقصد إلى إزالة عقله بانقلاب دماغه، وأن ذلك إنما عرّض من حيث لم يقصد، كما أن أحدا لا يقصد إلى تلف نفسه ورُبما كان منه الفعل المؤدي إلى تلف نفسه من حيث لا يكون قاصدا إليه، وأما السكر المتولد من الشراب فإنما شربه لضرب من اللذة فيه مع علمه بأنه يُزيل عقله، فصار قاصدا إليه، فلذلك اختلف حكمهما.

ألا ترى أنه لو قصد إلى الضرب في الأرض لمعصية لم تثبت له الرخصة في قَصْرِ ولا فِطْرِ ولا أَكْلِ مَيْتَةٍ، ولو لم يقصد إلى السفر من أجل المعصية ولكنه سافر فعَرَضَ له في سفره معصية لم تبطل رخصة؛ لأن سفره لم يقصده من أجل المعصية، وكذلك الذي انقلب دماغه أو جُنَّ من نطحته لم يقصد إلى ذلك ولا أراد، ولو علم أن ذلك يلحقه لَمَا نَطَحَ، والشارب يعلم أن ذلك سُكْرٌ، وإليه قصد، فلذلك فُرِّق بين القاصد وغيره، وأما الذي انقلب دماغه فغير قاصد في الأحوال كُلِّها، فلذلك لم يلزمه الحكم.

ألا ترى أن من مذهبنا أن المرأة لو ارتدت قبل الدخول بها أو أرضعت رضاعا أَوْجَبَ فُسْخَ نِكَاحِهَا أَبْطَلَتْ بِذَلِكَ مَهْرُهَا؛ لأنها قصدت إلى الفسخ فبطل عوض البضع، ولو قتلت نفسها لم يبطل بذلك مهرها، وقد أتلقت البضع على الزوج في الوجهين جميعا وفسخت نكاحه، غير أن السبب الذي به فسخت النكاح في أحدهما قصدت إلى فسخ النكاح / وإدخال الضرر على الزوج، فبطل مهرها، والوجه الثاني لم تقصد إلى فسخ النكاح ولا إدخال الضرر على الزوج؛ لأن ما يلحقها في نفسها في قتلها نفسها في العاجل والآجل أكثر مما يلحق الزوج في ذلك، فلم تلحقها التهمة في القتل أنها قصدت إلى الإضرار بالزوج، فصار فسخ النكاح في ذلك تابعا غير مقصود، فلم يبطل بذلك مهرها، وصار القتل والموت في ذلك واحدا.

ونظيرُ ذلك أنَّ عَبْدَ الرَّجُلِ لو أَقَرَّ بِجَنَايَةٍ خَطِيئَةٍ أَوْ عَمْدٍ لَا قِصَاصَ فِيهِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَى سَيِّدِهِ وَلَمْ يُبَاعَ فِي الْجَنَايَةِ وَإِنْ قُلَّ أَرْشُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ أَنَّهُ قَصَدَ إِلَى إِدْخَالِ الضَّرْرِ عَلَى السَّيِّدِ، وَلَوْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ قَتَلَ عَمْدًا يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ لَكَانَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ مَقْبُولًا وَإِنْ أَدَّى ذَلِكَ إِلَى تَلَفِ رَقَبَتِهِ عَلَى السَّيِّدِ، وَلَمْ تَلْحَقْهُ التُّهْمَةُ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَا يَلْحَقُهُ مِنَ الضَّرْرِ فِي ذَلِكَ أَكْثَرُ مِمَّا يَلْحَقُ السَّيِّدَ فِي تَلَفِ ثَمَنِهِ، فَصَارَ مَا يَلْحَقُ السَّيِّدَ فِي ذَلِكَ تَابِعًا لِلنَّفْسِ غَيْرَ مَقْصُودٍ.

فكَذَلِكَ مَا أَتَى بِهِ الْمَزْنِي رَحِمَهُ اللَّهُ فَيَمْنُ انْقَلَبَ دِمَاغُهُ أَوْ شَرِبَ بَنَجًا أَوْ شَيْئًا مِمَّا يُزِيلُ عَقْلَهُ غَيْرَ الْخَمْرِ، فَكُلُّ ذَلِكَ يَزُولُ عَنْ صَاحِبِهِ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّهُ لَا مَقْصِدَ لِأَحَدٍ فِي ذَلِكَ وَلَا شَهْوَةَ، فَأَمَّا الْخَمْرُ فَشُرْبُهُ مَقْصُودٌ لِمَا فِيهِ مِنَ اللَّذَّةِ عِنْدَ أَهْلِهَا كَمَا يُقْصَدُ سَائِرُ الْمَلَاذِّ، فَهُوَ مَقْصُودٌ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ غَيْرَ مَعْصِيَةٍ لِحَقِّ صَاحِبِهِ التَّرْفِيهِ، وَإِنْ كَانَ / ذَلِكَ مَعْصِيَةً لَمْ يَلْحَقْ صَاحِبَهُ تَرْفِيهِ^(١)، وَلَحِقَهُ التَّشْدِيدُ وَالتَّغْلِيظُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. (١/١٢٩)

* وَأَمَّا قَوْلُهُ حِكَايَةً عَنَّا أَنَّهُ [لَوْ^(٢)] لَمْ يَجْرِي عَلَيْهِ طَلَاقٌ لَمَّا لَزِمَهُ قَضَاءُ صَلَاةٍ، كَمَا لَا يَكُونُ عَلَى الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ قَضَاءُ صَلَاةٍ = فَهَذِهِ عَلَّةٌ فَاسِدَةٌ لَا نَقُولُ بِهَا؛ لِأَنَّ النَّائِمَ وَالْمَجْنُونَ عِنْدَ الْمَزْنِيِّ يَجْتَمِعَانِ فِي زَوَالِ الطَّلَاقِ عَنْهُمَا، وَيَخْتَلِفَانِ فِي قَضَاءِ الصَّلَاةِ مَعَ اجْتِمَاعِهِمَا فِي زَوَالِ الْعَقْلِ، فَكَذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يَجْتَمَعَ السَّكَرَانُ وَالْمَغْلُوبُ عَلَى عَقْلِهِ فِي زَوَالِ الْعَقْلِ، وَيَلْزَمُ السَّكَرَانُ قَضَاءُ الصَّلَاةِ وَلَا يَلْزَمُ الْمَغْلُوبُ عَلَى عَقْلِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَهَذَا جَمَلَةُ الْجَوَابِ عَمَّا أَتَى بِهِ الْمَزْنِي رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَسَائِلِ الْمَنْشُورَةِ» مِنَ الزِّيَادَاتِ، وَقَدْ أَجَبْنَاهُ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي «كِتَابِ الشَّرْحِ»؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَكَلَّمَ فِيهَا فِي «مَخْتَصَرِهِ» الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ، وَإِنَّمَا أَعَدْنَا ذَلِكَ هَاهُنَا لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَاتٍ.

(٢) زيادة مني.

(١) في الأصل: «ترفيها».

قال الشافعي رحمه الله: وإذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً وقد دخل بها فحكمه الحاكم بشهادتهما ثم رجعاً إن عليهما للزوج مهرٌ مثلها؛ لأنهم حرّموها عليه، فلم يكن تخريمها قيمة إلا مهرٌ مثلها.

قال المزني: فكان أقرب ما يُشبه أن يحتج به الشافعي أن يقول: لما أجمعت العلماء على إغرام شاهدين شهداً عليه أنه طلق امرأته قبل الدخول فأنفذ شهادتهما (ب ١٠٤) ثم رجعاً أن عليهما للزوج نصف المهر، والنصف الآخر قد رجع / إلى الزوج بشهادتهما، وإنما كان له منها المتعة لا غير، والمهر المسمى قد ملكته عليه، ولو لا أن الله عز وجل ردّ إليه بالطلاق قبل الدخول نصف ما قرّض لكان القياس أن لا يرجع عليها بشيء؛ لأن المهر قد صار لها بالعقد، وليس له منها إلا المتعة، فاستوى حكم الزوج في المتعة بها قبل الدخول وبعد الدخول، فلمّا جعلوا في غير المدخول بها على الشاهدين نصف المهر وردّاً عليه بشهادتهما نصف المهر كانا قد ردّا إليه مهرًا كاملاً. فذلك المدخول بها لم يرجع إليه شيء كان عليهما كمال ما أتلّفا عليه، وهو المهر عند الشافعي، فهذا أقرب ما رأيت للشافعي وأثبتّه عندي.

ونظرت في معنى ما وصفت فوجدت الشافعي يقول: إذا ارتدت المرأة قبل الدخول أبطلت المهر ورجع إلى الزوج، كما رجع إلى الزوج بشهادة الشاهدين المهر على ما وصفنا، فسوى بينها وبين الشاهدين فيما أتلّفا عليه وحرّماء من امرأته. ولم يختلف قوله في أنها إذا ارتدت وانفسخ نكاحها بانقضاء العدة في قوله: إنها قد أبطلت عليه المعنى الذي أبطله عليه الشاهدان في الطلاق، ولم يجعل عليها شيئاً لعلّ الدخول لأنها أتلّفت عليه متعة بعد الدخول، فينبغي أن يكون كذلك الشاهدان إذا أتلّفاها عليه بعد الدخول أن لا يكون عليهما غرمٌ فيما

أَتْلَفَاهُ / كما لم يكن عليها غَرْمٌ فيما أَتْلَفَتْ عليه، فإذا اسْتَوَى رَدُّ المهرِ على الزوج بِرَدِّتِهَا وبشهادةِ الشاهِدَيْنِ قبل الدخولِ فاستَوَى الحكمُ في ذلك فكذلك ينبغي أن يَسْتَوِيَ الحكمُ في ذلك بعد الدخولِ، فَلَمَّا لم يَخْتَلِفْ قوله في أن لا غَرْمَ عليها وقد أَتْلَفَتْ عليه بعد الدخولِ ما أَتْلَفَ عليه الشاهدان بعد الدخولِ فكذلك يَلْزَمُهُ عندي في الشاهِدَيْنِ بعد الدخولِ.

وقد جَعَلَ الشافعيُّ على امرأته الكبيرة التي تُرْضِعُ زوجةً له صغيرةً نصفَ مهرِ الصغيرةِ لَمَّا أَتْلَفَتْ عليه مِنْ نِصْفِ البُضْعِ كما جَعَلَ على الشاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ عليه بطلاقِها ثُمَّ يَرْجِعَانِ أَنَّ عليهما مثلُ نصفِ المهرِ، فَسَوَّى بين الشَيْئَيْنِ الْمُتْلَفَيْنِ قبل الدخولِ وإن كان أحدهما رضاعاً^(١) والآخرُ شهادةً، فكذلك ينبغي أن يُسَوَّى بين الشَيْئَيْنِ بعد الدخولِ، كما لا تَغْرُمُ المرتدةُ وقد أَتْلَفَتْ عليه نفسها بتحريمِها عليه فكذلك يَلْزَمُ هذا في القياسِ أن لا يَغْرَمَ الشاهدانِ لَمَّا أَتْلَفَا عليه بعد الدخولِ شيئاً، كما كانت امرأته المدخولُ بها لو أَرْضَعَتْ زوجةً له صغيرةً فصارت أختَ امرأته، وقد قال: إِنَّ النكاحَيْنِ مفسوخان^(٢)، ولم يُغْرَمْها للمدخولِ^(٣) بها شيئاً وأغْرَمَها للتي لم يَدْخُلْ بها مثلُ نصفِ مهرِ مثلها، ثَبَتَ بذلك الفرقُ بين إِتْلَافِ امرأةٍ مدخولٍ بها وبين مَنْ لم يَدْخُلْ بها.

فَأُشْبِهَ الأمرَيْنِ على ما وَصَفْنَا أن لا يَغْرَمَ الشاهدانِ فيما أَتْلَفَا عليه مِنْ امرأته / (١٣٠ / ب) المدخولِ بها شيئاً كما لم تَغْرَمُ المرتدةُ والمرضعةُ المدخولُ بها شيئاً.

فَتَفَهَّمْ ما وَصَفْتُ، وانْظُرْ فِيهِ لِديْنِكَ وإِثَارِ الحَقِّ على هَوَاكَ وتَقْلِيدِ مُعَلِّمِكَ تَوْفَّقْ إِنْ شَاءَ اللهُ^(٤).

(١) في الأصل: «رضاع».

(٢) في الأصل: «مفسوخين».

(٣) في الأصل: «للمدخول».

(٤) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٣٨٢٧).

قال أبو إسحاق:

الجواب

أن ليس طريق الكلام في المرتدة إذا انفسخ نكاحها بردتها والمرضعة من الكلام في الشاهدين إذا شهدا عليه بالطلاق ثم رجعا عن الشهادة بسبيل؛ لأن الشاهدين قد اعترفا أنها امرأته لم يطلقها ولم يفارقها، وأنه مظلوم قد حيل بينه وبين امرأته، والنكاح قد انفسخ في الحقيقة في الرضاع وفي الردة من حيث لا تنازع في فسخه، فوجه الكلام فيهما مختلف.

ولذلك قال الشافعي في الشاهدين في بعض المواضع أن عليهما مهر مثلها وإن كان قبل الدخول، ولا يجوز أن يقول ذلك في الرضاع ولا في الردة؛ لأن ذلك فسخ قد وقع في الحقيقة، والفسخ إذا وقع قبل الدخول لم يجز فيه كمال البدل، فإما أن يجب لها النصف ويبتل النصف، وإما أن يبطل الجميع، وفي الشاهدين إذا اعترفا أنها امرأته لم يبطل من المهر شيء؛ لأنه مدعي أنها امرأته، فكيف يمكنه مطالبتها بنصف المهر وهو مدعي زوجيتها؟ وإنما جعل الله له النصف بوقوع الفسخ في النكاح، وهو يذكر أنه لم يقع فسخ.

فإن قيل: فقد قال الشافعي في بعض المواضع: إن لها نصف المهر، ويرجع النصف إلى الزوج، فكيف الوجه في / ذلك؟ = قيل: قد قيل في تخريج ذلك (١/١٣١) غير وجه:

أحدها: أن تكون المرأة مدعية للطلاق ولما قبضت المهر، فلا^(١) يكون لها مطالبة الزوج إلا بالنصف، ويسلم النصف للزوج لأنها لا تدعيه، ويسقط ذلك

(١) ظاهر الأصل: «ولا».

عن الشاهدين، فأما إذا كانت قد قبضت المهر، فإن ادّعت الطلاق، فإذا كان الزوج والشهود متفقين على أنها زوجته فقد أقرّوا أن لا رجوع عليها لأنها زوجة، فقد أتلّفوا عليها المهر كلّهُ، فيرجع على الشهود بجميع ما أتلّفوا عليه، فهذا وجه مما يُقال في ذلك.

وقد قيل: إن الشافعي رحمه الله أجاب بأن على الشاهدين جميع المهر إذا كانت المرأة والزوج ينكران الطلاق، فأما إذا ادّعت الطلاق فنصف المهر، سواء كان ذلك بعد قبض المهر أو قبله.

وهذا لا يقع في المرتدة ولا في الرضاع؛ لأن ذلك نكاح قد انفسخ في الحقيقة، فيبطل جميع المهر في الردة، ويبطل النصف في الرضاع؛ لأن الفسخ في الردة من قبلها، وفي الرضاع من قبل غيرها، فهو والطلاق بمنزلة.

وأما إذا كان ذلك بعد الدخول فلم يختلف قول الشافعي أن ليس له الرجوع عليها بشيء إذا كان الفسخ من قبلها، ولم يختلف قوله في الشهادة إذا كانت بعد الدخول أن له الرجوع على الشاهدين بجميع المهر، على خلاف ما ذهب إليه المزي.

ووجه ذلك: أن / الزوج إنما تزوّجها على أن^(١) استقرار المهر بأول وطئ، وما بعد ذلك تبع للأول، فلذلك لم يرجع عليها بشيء إذا فسخت، ولو لا ذلك لكان عليه في كل وطئ في النكاح الفاسد مهر جديد^(٢)، وقد قال النبي صلى الله عليه: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتُمْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»^(٣)، ولم يفرّق بين من وطئ مرةً وبين من استمتع بها زماناً، وجعل عليه

(١) كلمة: «أن» في الأصل مستدركة فوق السطر.

(٢) في الأصل: «مهر جديد».

(٣) سبق تخريجه في مسألة حلف أن لا يشتري فاشترى شراء فاسداً.

مهرًا واحدًا وإن فسخ نكاحهما، وإذا كان ذلك في النكاح الفاسدِ فالصحيحُ بذلك أولى، فيكون استقرارُ ملكِها المهرَ متعلقًا^(١) بالوطئِ الأولِ، ثُمَّ يكون ما بعده تبعًا، ولا خلاف في النكاحِ الفاسدِ والصحيحِ أنَّ غيرَ الزوجِ لو وطئها بشبهةٍ لكان لها عليه مهرٌ^(٢)، ولم يَجُزْ أن يُقالَ: لَمَّا سَقَطَ البَدَلُ في هذا الوقتِ عن الزوجِ سَقَطَ عن الأجنبيِّ؛ لأنَّ الزوجَ قد تَقَدَّمَ له غرامةٌ يكونُ هذا الوطئُ تبعًا له داخلًا^(٣) في الغرامةِ الأولِ، ولم يَتَقَدَّمْ للأجنبيِّ غرامةٌ يكونُ وطئُها تبعًا له، فَلَزِمَ من أجل ذلك مهرٌ جديدٌ^(٤)، ولم يلزم الزوجُ في النكاحِ الصحيحِ ولا الفاسدِ، وإذا صحَّ ذلك فكذلك إذا فُسِّخَتِ النكاحُ بعد استقرارِ البَدَلِ صارَ ما بعد ذلك من الاستمتاعِ بها تبعًا^(٥) لِمَا مَضَى، فَمِنْ أَجْلِ ذلك لم يَجِبْ عليها البَدَلُ إذا فُسِّخَتِ النكاحُ؛ لأنَّه قد تَقَدَّمَ من الاستمتاعِ بها ما يكونُ هذا تبعًا^(٦) له، فلذلك لم يكن عليها البَدَلُ إذا فُسِّخَتِ النكاحُ بعد الدخولِ، وأمَّا الشاهدان فقد أوقعا بينهما فرقةً في الحكمِ وحرَّماها عليه، فكانا كَمَنْ أَتْلَفَ عليه سلعةٌ، فَلَزِمَهما البَدَلُ، وهو مهرُ المثلِ.

(١/١٣٢)

أَلَا تَرَى أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تُبَاعُ وَلَا تُشْتَرَى وَلَا يُتَصَرَّفُ فِيهَا بِوَجْهِ أَكْثَرٍ مِنْ اسْتِمَاعِ السَّيِّدِ بِهَا، وَلَوْ أَتْلَفَهَا أَجْنَبِيٌّ لَكَانَ عَلَيْهِ فِيهَا الْقِيَمَةُ، فَكَذَلِكَ الْحُرَّةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَزَوْجِهَا إِلَّا الْاسْتِمَاعُ بِهَا فَإِذَا أَتْلَفَ ذَلِكَ عَلَيْهِ كَانَ عَلَى مَنْ أَتْلَفَ ذَلِكَ عَلَيْهِ الْقِيَمَةُ، وَهُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ.

وَمِثْلُ ذَلِكَ الرَّجُلُ يَشْتَرِي الْجَارِيَةَ فَيَطَّأُهَا ثُمَّ يَجِدُ بِهَا عَيْبًا فَيُرْدُّهَا فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ لِذَلِكَ الْوَطْئِ عَوَضٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَبَعٌ لِلثَّمَنِ الَّذِي وَزَنَهُ وَمَلَكَهُ الْبَائِعُ، وَلَوْ وَطَّئَهَا غَيْرُ الْمُشْتَرِي بِشُبْهَةٍ أَوْ غَضِبَتْ عَلَى نَفْسِهَا لَكَانَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ.

(٢) في الأصل: «مهر».

(٤) في الأصل: «مهر جديد».

(٦) في الأصل: «تبع».

(١) في الأصل: «متعلق».

(٣) في الأصل: «داخل».

(٥) في الأصل: «تبع».

وإنَّما رَجَعَ الزَّوْجُ عَلَيْهَا إِذَا فَسَخَتِ النِّكَاحَ قَبْلَ الدَّخُولِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْصُلْ لَهُ مَا قَصَدَهُ بِنِكَاحِهِ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ، وَكَانَتْ هِيَ سَبَبَ ذَلِكَ، فَرَجَعَ بِالْبَدَلِ مِنَ الْبُضْعِ الَّذِي أُتْلِفَتْ عَلَيْهِ.

وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ قِبَلِهِ، وَلَمْ يَبْلُغْ مَا قَصَدَهُ، وَقَدْ لَزِمَهَا مَوْنَةٌ فِي انْتِقَالِهَا وَقَصْدِهَا إِيَّاهُ، وَوَقَعَتِ الْفَرْقَةُ مِنْ حَيْثُ لَا ذَنْبَ لَهَا فِيهِ، فَجُعِلَ الْبَعْضُ عَلَيْهِ وَالْبَعْضُ عَلَيْهَا. فَأَمَّا إِذَا دَخَلَ بِهَا فَقَدْ كَمُلَ مَا بَيْنَهُمَا، وَاسْتَقَرَّ مِلْكُهَا عَلَى الْبَدَلِ لَمَّا أُتْلِفَ الْبُضْعُ عَلَيْهَا، فَلَا تَرَاوُجَ بَيْنَهُمَا فِيمَا كَانَ مِنْ فسخٍ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ قِبَلِهِ أَوْ مِنْ قِبَلِهَا.

وَنَظِيرُ ذَلِكَ أَنَّ رَجُلًا لَوْ جَنَى / عَلَى آخَرَ فَقَطَعَ يَدَيْهِ لَوَجَبَتْ عَلَيْهِ الدِّيَةُ، فَلَوْ مَاتَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ مِنَ الْجَنَايَةِ لَمْ يَزِدَادْ عَلَيْهِ شَيْئًا، وَاقْتَصَرَ^(١) بِهِ عَلَى دِيَّةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَوْ جَاءَ آخَرُ فَقَتَلَهُ لَمْ يَجْزُ أَنْ يَقُولَ قَاتِلٌ: يُقْتَصَرُ بِهِ عَلَى دِيَّةٍ وَاحِدَةٍ كَمَا اقْتَصَرَ بِهِ إِذَا مَاتَ فِي الْجَنَايَةِ الْأُولَى، بَلْ يَكُونُ عَلَى الْقَاتِلِ دِيَّةٌ وَعَلَى قَاطِعِ الْيَدَيْنِ دِيَّةٌ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ إِنَّمَا سَقَطَ عَنْهُ الدِّيَةُ إِذَا مَاتَ مِنْ جَنَايَتِهِ لِأَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ لَهُ مَا يُوجِبُ أَنْ تَكُونَ الْأَطْرَافُ تَبَعًا لِلنَفْسِ، وَلَمْ يَتَقَدَّمْ لِلثَّانِي ذَلِكَ.

وَكَذَلِكَ لَوْ جَنَى عَلَيْهِ فَقَطَعَ يَدَيْهِ ثُمَّ عَادَ فَقَطَعَ رِجْلَيْهِ ثُمَّ عَادَ فَقَتَلَهُ لَكَانَ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَجَمِيعُ جَنَايَاتِهِ تَبَعٌ لِلنَفْسِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَقَطَعَ رِجْلَيْهِ ثُمَّ عَادَ الْأَوَّلُ فَقَتَلَهُ لَكَانَ دِيَّةُ النَفْسِ عَلَى الْأَوَّلِ، وَعَلَى قَاطِعِ الرَّجْلَيْنِ دِيَّةٌ أُخْرَى.

وَنَظِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ جَنَى عَلَى يَدَيْهِ فَشُلَّتَا ثُمَّ قَطَعَهُمَا لَمَّا كَانَ عَلَيْهِ إِلَّا دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ شُلَّتَا بِجَنَايَتِهِ ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَقَطَعَهُمَا لَكَانَ عَلَى الْأَوَّلِ دِيَّةٌ وَعَلَى الثَّانِي حَكُومَةٌ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «لِاقْتَصَرَ»، ثُمَّ حُوِّلَ إِلَى الْمَثْبُوتِ.

وكذلك لو رَمَى صَيْدًا فِي الْإِحْرَامِ فَتَكَسَّرَ لَوَجَبَ عَلَيْهِ الْجَزَاءُ كَامِلًا، فَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ فَقَتَلَهُ لَمَا كَانَ إِلَّا جَزَاءً وَاحِدًا، وَلَوْ جَاءَ آخَرُ فَقَتَلَهُ لَكَانَ عَلَى الثَّانِي جَزَاءٌ وَاحِدٌ^(١) وَعَلَى الْأَوَّلِ جَزَاءٌ.

وَإِذَا جَازَ ذَلِكَ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ أَنْ يَتَقَدَّمَ سَبَبٌ^(٢) يَجِبُ بِهِ بَدَلٌ يَكُونُ^(٣) مَا بَعْدَهُ تَبَعًا لَهُ وَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ فِيمَا بَعْدَ الْأَوَّلِ بَدَلٌ، وَلَا يَدُلُّ ذَلِكَ عَلَى سُقُوطِ الْبَدَلِ عَنِ الْغَيْرِ إِذَا / فَعَلَ مِثْلَ فِعْلِهِ = فَمَا أَنْكَرَ الْمَزْنِيُّ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجَانِ لَمَّا تَقَدَّمَ بَيْنَهُمَا مِنَ الْإِسْتِمْتَاعِ وَالْبَدَلِ يَكُونُ مَا بَعْدَهُ تَبَعًا لَهُ، لَا يُزَادُ فِي الْبَدَلِ مِنْ أَجْلِهِ إِذَا عُدِمَ وَلَا يُنْقَضُ أَوْ مُنِعَ مِنْهُ، وَلَا يَدُلُّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْغَيْرَ إِذَا فَعَلَ مِثْلَ فِعْلِهِ يَسْقُطُ عَنْهُ الْبَدَلُ؟

وَلَوْ جَعَلَ قَصْدَهُ بَدَلٌ مَا أَتَى بِهِ تَخْرِيجَ الْمَسَائِلِ عَلَى مَذْهَبِهِ وَالْقَصْدَ إِلَى الْفَرْقِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَجِبُ الْفَرْقُ لِاخْتِلَافِ الْمَعَانِي وَإِلَى الْجَمْعِ فِيمَا يُوجِبُ الْجَمْعَ لَا تَفَاقِ الْمَعَانِي لَكَانَ ذَلِكَ بِهِ أَشْبَهُ وَعَلَيْهِ أَوْجَبَ مِنْ ضَرْبِهِ الْأَصُولُ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ، وَإِشْكَالٍ مَا كَانَ مِنَ الْفُرُوعِ وَاضِحًا؛ لِأَنَّ كَثِيرًا مِمَّا يَأْتِي بِهِ فِي الْفَرْقِ وَالْجَمْعِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِثْلُهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَخْفَى عَلَيْهِ مِنْ مَذْهَبِهِ وَمِنْ مَذْهَبِ غَيْرِهِ، وَاللَّهُ يَغْفِرُ لَنَا وَلَهُ.



(١) فِي الْأَصْلِ: «وَاحِدًا».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «سَبَبًا».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «فَلَا يَكُونُ»، ثُمَّ ضَرَبَ عَلَى: «فَلَا».

مسألة [الرجل يشتري أمة فيولدها ثم تستحق]

قال المزني رَحِمَهُ اللهُ: كان الشافعي رَحِمَهُ اللهُ يقول بخلاف قول أبي حنيفة في الأمة يشتريها الرجل فيولدها ثم تستحق أن عليه عقرها وقيمة ولده منها، ويرجع على من غره بقيمة الولد، دون المهر؛ لأن المهر ثمن البضع، فكأنه أتلفه، وشبهه بالطعام يتلفه.

قال الشافعي: يَدْخُلُ على هذا القول إذا كان الطعام هل يُوجَدُ؟ فإذا قيل: لا، قيل: فإذا وَطِئَ الأمة هل تُوجَدُ؟ فإذا قيل: نعم، قيل: هذا فرق ما بينهما.

ثُمَّ رَجَعَ الشافعي إلى ما قال أبو حنيفة وجعل الوطئ إتلافًا / لا يَرْجَعُ به، (١٣٣/ب) وجعل الولد ليس بإتلاف فيرجع بقيمته يوم سَقَطَ على مَنْ غَرَّهُ، لا كما قال أبو حنيفة أن قيمته يوم الْحُكْمِ لا يوم سَقَطَ^(١).

قال المزني: والقياس عندي وبالله التوفيق إذا لم يَجْعَلْها له أُمٌّ وَلَدٍ وقد وَلَدَتْ منه وَرَدَّها على المَالِكِ كان كذلك وَلَدَّها بِمَنْزِلَتِهَا يُرَدُّ إلى المَالِكِ، ولو جاز أن يكون حُرًّا مِنْ حَيْثُ ظَنَّ الواطئُ أَنَّهُ حُرٌّ لَكَانَتْ بِذَلِكَ له أُمٌّ وَلَدٍ، فلما كانت الجهالات تُرَدُّ إلى السُّنَّةِ إِلَّا في دَرْيِ الحدود بالشبهات، وكان حَكْمُ سَيِّدِ الْأُمَّةِ فيما وَلَدَتْ أَنْ وَلَدَّها بِمَنْزِلَتِهَا فلا تَحْمِلُ^(٢) إِلَّا أُمَّةً مِثْلَهَا، كما لا تَحْمِلُ الْحُرَّةُ إِلَّا مِثْلَهَا، إِلَّا ما كان مِنْ سَيِّدٍ في أُمَّتِهِ فيكون وَلَدَّها حُرًّا مِثْلَهُ وَيُعْتَقُها بِمَوْتِهِ، فإذا ارتفع وَطِئُ الشُّبْهِ لِأُمَّتِهِ وإِخْبَالُهُ إِيَّاهَا بَطَلَ عِتْقُها بِالمَوْتِ، كذلك بَطَلَ عِتْقُ وَلَدِها في الْحَيَاةِ؛ لِأَنَّ الواطئَ غَيْرُ السَّيِّدِ.

(١) انظر «اختلاف العراقيين» من كتاب «الأم» (٧/ ٨٨ ط بولاق).

(٢) في الأصل: «تجعل».

ولا خلاف أن رجلا لو ابتاع أمة وزوجها من عبده فولدت وصائفا أدبهم واستخرجهم وعلت بذلك أثمانهم ثم استحققت الأمة على بائعها وخرجت حرة أن جميع هؤلاء الوصفاء أحرار كأثمهم، لا يكونوا رقيقا على ما اشترى من ملك أثمهم، ولا يرجع مشتريهم على غيره إلا بالثمن الذي دفع، فكذلك من وطئ بجهالة يراها أمته ثم استحققت إنها أمة لمستحقها، وأولادها عبيد مثلها، / كما كانت المستحقة لحريتها أولادها أحرارا^(١) لحريتها.

وهذا عندي في القياس معتدل لمن نظر واستقصى ولم يمل به الهوى.

قال أبو إسحاق: وحكى المزي هذه المسألة في موضع آخر من «مسائله» نحو ما حكى هاهنا، ثم حكى عن الشافعي أن الغاصب إن كان هو الذي أولدها أخذها وما نقصها ومهر مثلها وجميع ولدها وقيمة من كان منهم ميتا، وعليه الحد إن لم يأت بشبهة.

قال المزي: يقال للشافعي: قد جعلت ضمان المشتري فاسدا في ضمان الأمة وما نقصها كالغاصب، وجعلت قيمة ولدها منه مضمونا عليه يوم سقطوا أحياء، وجعلت قيمتهم أكثر ما كانوا قيمة على الغاصب، وسويت بينهما في ضمان الولد أحد الضمانين: قيمتهم يوم سقطوا، والآخر: قيمتهم حين بلغوا، فألا^(٢) جعلت أجنتها على المشتري مضمونة كما جعلتها على الغاصب، إذ هما فيهما سواء مستويان^(٣) في الضمان، ولم يختلفا عندك إلا في قيمة الأولاد حين سقطوا أحياء،

(١) في الأصل: «أحرار».

(٢) حرف تحضيض مختص بالجمل الفعلية الخبرية. انظر «مغني اللبيب» لابن هشام (ص: ١١٥ ط دار اللباب).

(٣) في الأصل: «مستويين».

والضمان الآخر حين بَلَّغُوا، فكذلك القياس أن على المشتري كَمَا على الغاصب في قيمة الجنين، وقد يجتمعُ الغاصبُ والمشتري عندك في قيمة الولد إذا سَقَطَ حَيًّا فماتَ مكانه أن عليهما جميعًا قيمته حَيًّا.

والقياسُ عندي أَنَّهُم عبيدٌ، وهو قولُ عليٍّ، وذلك أَنَّهُم لا / يَخْلُون مِن أن (١٣٤/ ب) يَكُونُوا أحرارًا، فإن كانوا كذلك فلا قيمة في أحرارٍ أحياءٍ، أو يكونوا عبيدًا، فمالُكُهم أَحَقُّ بهم، فكيف يكونون أحرارًا وقيمتُهم قِيَمُ عبيدٍ؟ وكيف يكونون عبيدًا وليس لِمَالِكِهِم أَخْذُهُم، أو كيف يُجْبَرُ مَالِكُهُم على إخراجِ مِلْكِهِ إلى الحُرِّيَّةِ مِن غيرِ رضاه.

وقد يَحْتَمِلُ قولُ عُمَرَ في قيمَتِهِم أن يكونَ ذلك مِنه على استصلاح لأن لا يَرَى ولده يُسْتَرْقُ، ولم يقصد في شرائه الأُمَّ ووطئها إِيَّاهَا إِلَّا ما حَلَّ له، فيكونُ تأويلُ قولِ عُمَرَ في قيمَتِهِم على إصلاحٍ وما يجب لأهل الإسلام على إخوانِهِم، فلا يكونُ قولُ عُمَرَ وعليٍّ مختلفَيْنِ.

والقياسُ وبالله التوفيق في ولدِ مَوْلَى الأُمَّةِ أَنَّهُم لا يَخْلُون مِن أن يكونوا أحرارًا أو عبيدًا، فإن كانوا أحرارًا فلا معنى للقيمة في حُرٍّ، إذا كان حَيًّا فأَيُّ معنى للقيمة؟ أو يكونوا عبيدًا، فمِلْكُ العبدِ لِرَبِّه، لا يَخْرُجُ عن مِلْكِهِ إِلَّا عن طيبِ نفسِهِ ورضا بأخذِ قيمته.

ويُشَبِّه أن يكونَ ذلك مِن عُمَرَ بنِ الخطابِ في قيمَتِهِم عن استطابةِ أَنفُسِهِم كالمُصْلِحِ بينَ المسلمين وإخوانِهِم، ولا معنى للغُرُورِ يُزَالُ به حُكْمُ السُّنَّةِ، وجاء عن عليٍّ بنِ أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «رُدُّوا الجَهالاتِ إلى السُّنَّةِ»^(١)، فليس جهالةُ

(١) الأثر مشهور عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أخرجه البيهقي في «السنن الكبير» (رقم: ١٥٦٣٧)

من طريق الحسن بن محمد الزعفراني، قال: حدثنا أسباط بن محمد، حدثنا أشعث، عن الشعبي، =

(١٠٠) نو ضي نه وإن ارتفع به الحد عنه نجهله يُغيّر منك من نه الأمة، وحكم ولد الأمة كلامه كم أن حكم ولد الحرّة / كحرّة.

ألا ترى أن رجلا نواشترى عبدا وأمة على أنهما عبدان، فزوجهما يطلب ولادتهما، فتوالدا وصارفا ووصفا، قرباهم وعلمهم وخرجهم، فساوى^(١) أموالا، ثم ثبت أن البائع كان أعتق الأمة قبل البيع، ليس يكون أولادهما كلهم أحرارا كأمتهم ولا تُغيّر الجبالة السنة فيهم؟ فكذلك إذا كانت أمّي فاشترها رجل من غيري فأولادها أولاد فيهم ممالك، ولا يُغيّر جهله السنة في أولاد أمّي. وهذا عندي قياس صحيح مُعتد على ما عليه إجماع المسلمين من أن ولد المملوك مملوك وإن كان زوجها حرا، وأن ولد الحرّة حر وإن كان زوجها عبدا، وأن الجبالة في أحد الوجهين الذي وصفنا لا تُغيّر سنة الأولاد أنهم كأمتهم، كذلك لا تُغيّر الجبالة في أولاد الأمة أنهم ملك لسيّد أمتهم.



= قال: أمّي عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بامرأة تزوجت في عدتها، فأخذ مهرها فجعله في بيت المال وفرق بينهم، وقال: لا يجتمعن، وعاقبهما. قال: فقال علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: ليس هكذا، ولكن هذه الجبالة من الناس، ولكن يفرق بينهما، ثم تستكمل بقية العدة من الأول، ثم تستقبل عدة أخرى. وجعل لها علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ المهر بما استحل من فرجها، قال: فحمد الله عمر وأثنى عليه ثم قال: يا أيها الناس، ردوا الجبهلات إلى السنة.

(١) رسم الأصل: «ساوى».

قال أبو إسحاق:

الجواب

إِنَّ مَا قَالَه رَحِمَهُ اللهُ: إِنَّ الشَّافِعِيَّ سَوَّى بَيْنَ الْغَاصِبِ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ فِي ضَمَانِ مَا نَقَصَ فِي أَيْدِيهِمَا = فهو كما قال؛ لَأَنَّهُمَا مُجْتَمِعَانِ بِأَنَّهَا مضمونةٌ عليهما، المشتري لَزِمَهُ الضمانُ بِمعْنَى هو معذورٌ فيه؛ لَأَنَّهُ لَا عِلْمَ لَهُ بِأَنَّهَا مغصوبةٌ، ولذلك زال عنه الحَدُّ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ المهرُ، وَلَحِقَ نَسَبُ وَلَدِهِ، وَعَتَقَ وَلَدُهُ مِنْهَا، وَالْغَاصِبُ مضمونٌ عَلَيْهِ بغصبِهِ وَتَعَدِّيهِ، مَأْثُومٌ فِي ذَلِكَ، زَانِي فِي وَطْئِهِ، عَلَيْهِ فِي الْحَدِّ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ اغْتَصَبَهَا، وَلَا يَلْحَقُ / نَسَبُ وَلَدِهِ إِنْ (ب/ ١٣٥)

كَانَ مِنْهَا، وَلَا يَغْتَقُوا، وَمَعَ اخْتِلَافِ حُكْمِهِمَا فِي ذَلِكَ هُمَا سَوَاءٌ فِي أَنَّ الْجَارِيَةَ مضمونةٌ عليهما؛ لِأَنَّ الضمانَ قَدْ يَلْزَمُ بِتَعَدِّي وَبِغَيْرِ تَعَدِّي، فَأَمَّا الْحَدُّ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَلْزَمَ بِلا تَعَدِّي، وَكَذَلِكَ سُقُوطُ الْمَهْرِ وَنَفْيُ النِّسَبِ، فَلِذَلِكَ اخْتَلَفَ حُكْمُهُمَا، لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مُتَعَدِّي زَانِي، وَالْآخَرُ غَيْرُ مُتَعَدِّي وَلَا زَانِي، وَأَمَّا الضمانُ فَهُمَا فِيهِ وَاحِدٌ، فَلِذَلِكَ اسْتَوَيَا فِي ضَمَانِ مَا نَقَصَتْ فِي أَيْدِيهِمَا.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُشْتَرِي لَهَا مِنْ مَوْلَاهَا شَرَاءً فَاسِدًا إِذَا أَقَامَتْ فِي يَدِهِ وَنَقَصَتْ وَوَطَّئَهَا أَوْ أَحْبَلَهَا يَكُونُ عَلَيْهِ مَا نَقَصَ، وَمَهْرٌ مِثْلُهَا فِي الْوَطْئِ، وَيَلْحَقُ نَسَبُ وَلَدِهِ مِنْهَا، وَيَكُونُ وَلَدُهُ مِنْهَا حُرًّا^(١) يَلْزَمُهُ غَرَامَةُ قِيَمَةِ الْوَلَدِ لِسَيِّدِهَا؛ لِأَنَّهُ وَطَّئَهَا عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ صَحِيحٌ، وَوَلَدُهُ مِنْهَا حُرٌّ، وَالْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ غَاصِبٌ وَالْمُشْتَرِي مِنَ الْمَالِكِ شَرَاءً فَاسِدًا حُكْمُهُمَا وَاحِدٌ فِي ضَمَانِ مَا نَقَصَتْ، كَمَا أَنَّ حُكْمَهُمَا وَاحِدٌ فِي ضَمَانِ قِيَمَتِهَا لَوْ تَلَفَتْ، فَأَمَّا ضَمَانُ قِيَمَةِ الْوَلَدِ فَالْغَاصِبُ زَانِي لَا يَلْحَقُ نَسَبُ وَلَدِهَا بِهِ، وَإِذَا لَمْ يَلْحَقْهُ النِّسَبُ فَلَا مَعْنَى لِلْعَتَقِ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَا شَبَهَةَ

(١) فِي الْأَصْلِ: «حُرٌّ».

له في ذلك فيثبت النسب ويعتق، ألا ترى أن المالك إذا وجده أخذه، وإن وجده
تالفا أغرمه أكثر ما كان قيمته من يوم ولد إلى أن مات؛ لأنه على ملك مولاه،
خارج عن يده بيد غاصبة، فلذلك ألزمتنا الضمان أكثر ما كان قيمته؛ لأنه لو وجده
أكثر ما كان / قيمته لأخذه، فكذلك تلزمه قيمته في ذلك الوقت، وأمّا المشتري من
الغاصب فلو وجد مالها الولد^(١) حيا لم يأخذه؛ لأن الولد خلق حرا، ولذلك^(٢)
اقتصر على قيمته يوم ولد، لأن ما بعده من النماء والزيادة إنما كان وهو حرا،
واعتبار الزيادة في حال الحرية لا وجه له، لأنه خارج عن ملكه، فلذلك اختلفا.

* وأمّا قوله: إذا سوى بينهما في النقصان وفي غرامة القيمة فينبغي أن يسوي بين
أجنتيهما = فهو كما قال، حكمه في أجنتيهما واحد في باب الغرامة وسقوط الغرامة
وإن اختلف مقاديرهما.

ألا ترى أن المشتري شرى فاسدا في غرامة الجنين مثلها لما لزمه ضمان
قيمتها وما نقص منها، وذلك أنها لو^(٣) أسقطت سقطا ميتا بلا جناية آدمي لما كان
على أحد منهم شيء^(٤)؛ لأن الجنين لم يثبت له أحكام الدنيا، وإن جنى على أمة
فأسقطت جنيئا ميتا فعليهم كلهم الضمان.

أمّا الغاصب فإن كان هو الجاني فيغرم عشر قيمة أمة.

وأمّا المشتري من الغاصب ومن المالك شراء فاسدا فإنه يغرم غرة إذا كان هو
الجاني، يكون لمالكها منه عشر قيمة أمه، والباقي موروث عن الجنين، لأن أباه

(١) في الأصل: «والولد»، ثم ضرب على الواو.

(٢) في الأصل: «فلذلك»، ثم حول إلى المثبت.

(٣) في الأصل: «لو أنها»، ثم حول إلى: «أنها لو».

(٤) في الأصل: «شيئا».

لَا يَرُثُهُ، لِأَنَّهُ قَاتِلٌ، فَقَدْ اسْتَوَوْا فِي الْغَرَامَةِ وَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْمَقَادِيرُ لِاخْتِلَافِ حَالِ
الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْجَانِي غَيْرَ الْآبَاءِ فَعَلَى الْجَانِي عَلَى وَلَدِ الْغَاصِبِ / عَشْرُ قِيَمَةِ أُمِّهِ (١٣٦) ب
لِسَيِّدِهَا فَحَسَبُ، وَعَلَى الْجَانِي عَلَى وَلَدِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ غُرَّةٌ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ،
لِسَيِّدِهَا مِنْ ذَلِكَ عَشْرُ قِيَمَةِ أُمِّهِ، وَالْبَاقِي لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ وَالِدُهُ وَوَارِثُهُ، وَإِنْ عَجَزَ
ثَمَنُ الْغُرَّةِ عَنْ عَشْرِ قِيَمَةِ أُمِّهِ فَلَا شَيْءَ لِلْسَيِّدِ غَيْرُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبِتْ لِلْجَنِينِ مِنْ
أَحْكَامِ الدُّنْيَا إِلَّا مَا أَخَذَ فِي جَنَائِيَّتِهِ، فَمَا فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ كَتَلَفِهِ بِلَا جَنَائِيَّةٍ، وَلَا
غَرَامَةٍ فِي ذَلِكَ، وَيَكُونُ مَنْزِلَتُهُ مَنْزِلَةُ الْعَبْدِ إِذَا جَنَى فَلَا يَكُونُ لَهُ شَيْءٌ تُؤَدَّى مِنْهُ
جَنَائِيَّتُهُ غَيْرُ رَقَبَتِهِ، فَإِذَا صُرِفَ ذَلِكَ فِي جَنَائِيَّتِهِ فَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَهَدْرٌ، فَكَذَلِكَ أَمْرُ
الْجَنِينِ، وَالْمُشْتَرِي شَرَاءً فَاسِدًا إِذَا جَنَى عَلَيْهَا فَاسْقَطَتْ فَعَلَى الْجَانِي غُرَّةٌ، عَبْدٌ
أَوْ أَمَةٌ، لِلْسَيِّدِ مِنْ ذَلِكَ عَشْرُ قِيَمَةِ أُمِّهِ، وَالْبَاقِي لِلْأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ.

وَإِنْ سَقَطَ الْوَلَدُ حَيًّا بِلَا جَنَائِيَّةٍ أَحَدٍ وَمَاتَ فَعَلَى الْغَاصِبِ قِيَمَتُهُ أَكْثَرَ مَا كَانَ مِنْ
يَوْمٍ وُلِدَ إِلَى أَنْ مَاتَ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي قِيَمَتُهُ يَوْمَ وُلِدَ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ تَالِفًا عَلَى سَيِّدِهِ
خَارِجًا^(١) عَنْ مِلْكِهِ، فَلَا اعْتِبَارَ لَهَا^(٢) بَعْدَهُ.

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِنَّ الْقِيَاسَ أَنْ يَكُونُوا عِبْدًا = فَلَا مَدْخَلَ لِلْقِيَاسِ مَعَ الْإِتْفَاقِ وَلَا
تَنَازُعٍ فِي الْمُشْتَرِي شَرَاءً فَاسِدًا نَعْلَمُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّ وَلَدَهُ حُرٌّ وَلَا يَكُونُ عَبْدًا
لِسَيِّدِهَا؛ لِأَنَّهُ وَطِئَهَا عَلَى أَنَّهَا مِلْكُهَا، فَوَجَبَ أَنْ يُخْلَقُوا أَحْرَارًا، وَلَوْ كَانَ الْعِلْمُ
وَالْجَهْلُ فِي ذَلِكَ وَاحِدًا^(٣) لَكَانَ نَسَبُ وَلَدِهَا لَا يَلْحَقُ بِهِ، وَإِذَا لَمْ يَجْزِ ذَلِكَ وَكَانَ

(١) فِي الْأَصْلِ: «خَارِجٌ».

(٢) كَذَا فِي الْأَصْلِ، وَيُظْهِرُ عَلَى اللَّامِ أَثَرُ مَحْوِ كَأَنَّهُ يَرَادُ تَحْوِيلُهُ إِلَى: «بِمَا».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «وَاحِدٌ».

(١ / ١٣٧) العمدُ مخالفًا^(١) للجهل / في ثبوت النسبِ كانا أيضًا مختلفين في وقوع الحرّية؛ لأنّه وطّئها على أنّها ملكه، ولم يقصد إلى الزنا فينتفي نسبه، فكذلك لم يقصد إلى الحرام فيرقّ ولده، وإنّما وطّئ على أنّ ولدها ولده وأنّ ولده منها حرّ، فما جرى الأمر على ذلك تأكيدًا لأمر النسبِ ولأمر الحرية إذا وطّئها فأحبّلها وإن لم يُصادف المِلْك كما قيل في الشّرى الفاسد، ومعناه ومعنى المشتري من الغاصب واحد إذا لم يعلم أنه غاصب، فولدُهما حرّ وإن لم يصحّ لهما المِلْك؛ لأنّهما على ذلك دخلا ووطّئا وأحبّلا، كما ثبت النسب وإن لم يصادف المِلْك.

* وأمّا قوله: لا يخلو من أن يكونوا أحرارًا فلا قيمة في حرّ، أو يكونوا مماليك فمالُكُهم أحقُّ بهم = فلا معنى لهذا القول؛ لأنّهم إنّما صاروا أحرارًا بأن أُتلفوا على مواليتهم، وكان المِلْك يُوجب أن يكون ولدُها رقيقًا^(٢) له، فلمّا عتّقوا بالتّغريب الذي وقّع على مولاها وجب على من أتلّفهم قيمتهم، فالشافعي لم يوجب في حرّ قيمة، وإنّما أوجب في عبدٍ مُتلفٍ قيمة، ولا فرق بين تَلَفِهِم بالقتل وبين تَلَفِهِم بوقوع الحرية، كما يُعتق الشريك نصيبه من عبدٍ فيعتق نصيبَ شريكه ويجب على المعتق قيمته وهو حرّ، لأنّهم أُتلفوا على مواليتهم فوجب على المتلفِ القيمة، لا أنّ ذلك قيمة حرّ، فكذلك هؤلاء أُتلفوا على مولاها بوطئه بشبهة فعتّقوا فوجب قيمتهم على من أتلّفهم، ألا ترى أنّ الولد لو كان / من الغاصب لوجب ردُّهم كما ردّذناها إذا وجدناها، فحيث كانوا مماليك غير مُتلفين أخذهم مولاها، وحيث وجدّهم مُتلفين أغرم من أتلّفهم قيمتهم.

* قال أبو إسحاق: وأمّا قوله: فكيف يكونوا أحرارًا وقيمتهُم قيمةٌ عبيد = فغلط منه، لا يجوز أن يكون في الحرّ قيمةٌ عبد، وإنّما قيمةٌ عبدٍ في العبد إذا أُتلف،

(١) في الأصل: «مخالف».

(٢) في الأصل: «رقيق».

وإنما كان يلزمنا ما ذكره لو قلنا: «إنهم أحرار»، وإن أتلّفهم مُتْلَفٌ فعليه قيمةُ عبدٍ فكان يلزمنا ما ذكره، فأما إذا قلنا: «إنهم عبيدٌ في التقدير لمولاهم، فلمّا أتلّفوا على مولاهم بوقوع الحرية وَجَبَ عليهم غرامةُ قيمةٍ ما أتلّفوا لأنّه كان مملوكًا فأتلّف على سيّده، وإن جنى عليه جاني فأتلّفه بعد حُكْمِنَا بحرّيته وَجَبَ عليه ديةُ حرٍّ، فكَذلك ما ذكرنا؛ لأنّه في جميع الأحوال خروجٌ من العبودية إلى الحرية وإتلافٌ على السيّد، فالقيمةُ واجبةٌ في جميع الأحوال.

* وأما قوله: فكيف يُجبرُ مالِكُه على إخراجه من ملكه بغير رضا = فإنما فعل ذلك لأنّ الشريعةَ أوجبت أن يُتْلَفَ عليه ملكه، كما أوجبت الشريعةُ أن يُتْلَفَ عليه ملكه إذا أعتقَ شريكه نصيبه بغير رضاه ويغرم له القيمة، فكَذلك الشريعةُ أوجبت ما هنا تَلَفَ ملكه وخروجه إلى الحرية، وما أوجبت الشريعةُ لم يُحتج فيه إلى رضاه، ألا ترى أن الشفيعَ يُحكّم [له^(١)] بالشقص ويُنقل ملك المشتري إليه بغير رضاه؛ لأنّ الشريعةَ أوجبت ذلك، فانتقال الملك / بلا سببٍ لا يجوز إلا برضاه، فأما مع الأسبابِ الموجبة للنقل من إفلاس^(٢) يقع يحتاج فيه إلى نقل الملك أو شفعة واجبة أو عتيق واقع فنقل الملك في ذلك جائز وإن لم يكن ذلك برضا المالك.

* وأما قوله: إن بالغرور لا تُزال السنة = فما أزلنا بالغرور السنة، بل بدليل السنة اعتقنا وألزمنا القيمة وبدليل إجماع الأمة، فإنما أثبتنا حكم السنة بالغرور، كما أثبت أبو إبراهيم رحمه الله النسب بالغرور، فأثبت بذلك السنة حيث جعلها فراشا ألحق النسب به، ولا ننسبه في ذلك إلى أنه بالغرور أزال السنة، بل ننسبه في ذلك إلى أنه أثبت سنة، فكَذلك نحن في حرية الولد كهو في إثبات النسب، وقد

(١) زيادة مني.

(٢) في الأصل: «الإفلاس»، ثم حولها إلى: «إفلاس».

أجمعنا على أنه لو لم يكن غرورٌ لما ثبت النسبُ ولا وقعت الحريةُ ولم تكن فراشاً له، فكيف أجاز لنفسه أن جعلها فراشاً بالغرورِ ولم يُجوزَ للشافعي رَحْمَةُ اللَّهِ أن يجعله حُرّاً بالغرورِ؟ والله أعلم.

* وأما قوله: لو عتق الولدُ بالغرورِ لصارت أمُّه أمَّ ولدٍ بالغرورِ = قيل له: الفرق بين حرّيته وبين أمِّه مثل الفرق بين ثبوت النسب وبين حرّيته عندك، فإذا لم يَمْنَعَكَ مِنَ الْحَكْمِ بَثْبُوتِ النِّسْبِ جوابُكَ بأنّه مملوكٌ فكذلك فُجُوزُ لِلشَّافِعِيِّ رَحْمَةُ اللَّهِ إيقاعُ الحرية؛ لأنّ هذين جميعاً حقٌّ للولد ثبّتاً بالشبهة، ولم يَتَخَطَّ ذلك إلى غير الولد، تأكيداً لأمرِ الأنسابِ ولأمرِ حرية الولد.

فإن قيل: فما الفرق بين حرّيته بالشبهة وبين / حرية أمِّه؟ قيل: لأنّ حكمهما مُخْتَلِفٌ؛ لأنّ الولدَ لم يَثْبُتْ عَلَيْهِ رِقٌّ قَطُّ، وَإِنَّمَا خُلِقَ حُرّاً، فلم يَجْرِيَ عَلَيْهِ رِقٌّ أَزَلْنَاهُ بِالشَّبْهَةِ، وَإِنَّمَا نَقُولُ: إِنَّهُ خُلِقَ حُرّاً، وَأَمَّا الْمَلِكُ عَلَى الْأُمِّ فَثَابِتٌ، لَا تَزُولُ الْأُمْلَاكُ بِالشَّبْهَةِ، وَإِنَّمَا تَنْتَقِلُ الْأُمْلَاكُ بِالْمَعَانِي الْمَوْجِبَةِ لَهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِي وَلَدَهُ فَيَصِيرُ بَشْرَاءً حُرّاً، وَيَشْتَرِي أُمَّهُ بَعْدَ وَلَادَتِهِ فَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ، تَأْكِيداً لأمرِ الولدِ ولإثباتِ حرّيته.

* وأما قوله: إنَّ حَكَمَ الْوَلَدِ حَكَمُ أُمِّهِ = فغلط؛ لأنّ حَكَمَ الْوَلَدِ حَكْمُهَا فِي النِّكَاحِ لِأَنَّهُ رَقِيقٌ مِثْلُهَا، فَأَمَّا بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ أَحْكَامُهَا أَحْكَامُ الْمَمَالِكِ، وَإِنَّمَا تُعْتَقُ بِمَوْتِهِ، فَإِذَا جَازَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ حُرّاً وَالْأُمُّ مَمْلُوكَةً فِي الْمِلْكِ الصَّحِيحِ جَازَ أَيْضًا أَنْ يَعْتَقَ الْوَلَدُ إِذَا وَطَّئَهَا بِشَبْهَةٍ فَتَكُونُ الْأُمُّ مَمْلُوكَةً تَبَاعٌ وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ؛ لِأَنَّ وَطْئَهُ لَهَا لَمْ يُصَادِفِ الْمِلْكَ، وَبِالشَّبْهَةِ لَا تُزَالُ الْأُمْلَاكُ، وَيَلْحَقُ النِّسْبُ بِالشَّبْهَةِ، وَلَوْ كَانَا سَوَاءً لَكَانَ فِي الْمُشْتَرِي شَرَاءٌ فَاسِدًا يَتَقَلُّ مِلْكُ أُمِّهَا إِلَى الْمُشْتَرِي فَتَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ كَمَا يَعْتَقُ الْوَلَدُ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ.

* وأما قوله: ولو جاز أن يعتق الولد بالغروير لجاز في مُشْتَرِي عبيد وأمة إذا زَوَّجَ أَحَدَهُمَا مِنَ الْآخِرِ فَوُلِدَ لَهُمَا فَرَبَّى السَّيِّدُ وَلَدَهُمَا وَعَلَّمَهُ ثُمَّ اسْتَحِقَّا وَخَرَجَا حُرَيْنِ أَنْ يَكُونَ وَلَدُهُمَا مَمْلُوكًا^(١)؛ لأنه على ذلك وَطِئُهَا = فغير لازم؛ لأنَّ النسبَ والحرية لغلبتهما وقوتيهما / أُلْحِقَ الشبهةُ فيهما بالصحيح، تغليظًا لأمرِ الأنسابِ، (١/١٣٩) وتغليظًا لأمرِ الحرية، لا أنَّ حكمَ الشبهةِ حكمُ الصحيح في كُلِّ موضع.

أَلَا تَرَى أَنَّ زَوْجَهَا لَوْ طَلَّقَهَا فَحَرُمَتْ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ فَوَطِئَهَا رَجُلٌ بِشَبْهَةِ لَمَّا حَلَّ لَهَا الرِّجُوعُ إِلَى الزَّوْجِ الْأَوَّلِ، وَإِنَّمَا فَعَلَ ذَلِكَ فِي الْأَنْسَابِ وَفِي وَقُوعِ التَّحْرِيمِ وَالْحَرِيَةِ تَغْلِيظًا لِأَمْرِهَا وَتَأْكِيدًا، فَأُلْحِقَ الشبهةُ بالصحيحَ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ مِنَ الْعَبوديةِ إِلَى الْكَمَالِ وَإِلَى الْفَضِيلَةِ، وَكَذَلِكَ فِي التَّحْرِيمِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْقَرَابَةِ وَثُبُوتِ الْحَرَمَةِ، وَكَذَلِكَ ثُبُوتُ النِّسْبِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قِيَاسُ ذَلِكَ أَنْ يُنْفَى النِّسْبُ بِالشَّبْهَةِ كَمَا أُلْحِقَ بِالشَّبْهَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ، لِأَنَّ ثُبُوتَ النِّسْبِ نَقْلٌ مِنْ نَقْصٍ إِلَى كَمَالٍ، فَغُلِبَ الْكَمَالُ، كَمَا أَنَّ النِّقْلَ مِنَ الْكُفْرِ إِلَى الْإِسْلَامِ نَقْلٌ مِنْ نَقْصٍ إِلَى كَمَالٍ، فَنُقِلَ بِالشَّبْهَةِ كَمَا نُقِلَ بِالصَّحِيحِ.

ولو جاز ما ذكره رَحِمَهُ اللهُ لَجاز أن يقال: إِذَا جَعَلْتُمْ بَعْتِقِ النِّصْفِ يَعْتِقُ نِصْفُ شَرِيكِهِ لَزِمَ عَلَى ذَلِكَ أَنْ يَرِقَّ النِّصْفُ وَإِنْ أَعْتَقَهُ بَرَقَّ النِّصْفُ الْآخِرُ، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ غَيْرَ جَائِزٍ لِأَنَّ النِّقْلَ مِنْ رِقٍّ إِلَى حَرِيَةِ نَقْلٌ إِلَى فَضْلِ وَكَمَالٍ فَغُلِبَ، وَالرِّقُّ نَقْصٌ فَلَا يُغْلَبُ النِّقْلُ عَلَى الْكَمَالِ، فَكَذَلِكَ لَا يَلْزَمُ مَا ذَكَرَهُ.

* وأما قوله: إِنَّ الطَّعَامَ إِذَا تَلَفَ لَمْ يُوجَدْ، وَالْجَارِيَةُ إِذَا وَطِئَتْ مَوْجُودَةٌ = فغير لازم؛ لِأَنَّ التَّلَفَ عَلَى ضَرَبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ تَصِيرَ الْعَيْنُ مَعْدُومَةً فَتَكُونُ / مُتْلَفَةً.

(١) فِي الْأَصْلِ: «مَمْلُوك».

والثاني: أن يُعَدَمَ المقصودُ مِنَ العَيْنِ فيَصِيرَ مُتَلَفًا.

أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَتَلَ رجلاً فَعَيْنُهُ باقيةٌ، ومع ذلك فهو مُتَلَفٌ بِتَلَفِ معانيه، وعليه دِيَّتُهُ، وكذلك لو قَطَعَ يَدَهُ لوجب عليه دِيَّتُهُ، ولو ضَرَبَ يَدَهُ فَشُلَّتْ لوجب عليه دِيَّتُهُ، وإن كانَ العَيْنُ باقيةً؛ لأنَّ معناه معدومٌ، فلا ينفع بقاءُ العين، فكذلك لو قَلَعَ عَيْنَهُ لكانَ عليه الديةُ، ولو جَنَى عليه حتى ذهبَ ضَوْؤُهَا لَكُمْلَ دِيَّتُهُ، فذلَّ ذلك على أن لا فرق بين عَدَمِ العَيْنِ وبين عدم معانيه بأن يُسَمَّى ذلك مُتَلَفًا، فكذلك الطعامُ إذا أُتِلِفَ عَيْنُهُ يَكُونُ مُتَلَفًا؛ لأنَّ عَيْنَهُ هو المقصودُ، فما دام موجودًا لم يَفُقْ في معناه شيئًا، وأمَّا العبدُ فمعناه تَصَرُّفُهُ فيه، فإذا تَلِفَ ذلك عليه كانَ مُتَلَفًا، وكذلك المرأةُ إذا طُلِّقَتْ أو فُسِّخَ نكاحُها فَعَيْنُهَا باقيةٌ، والمعنى الذي يَقْصِدُهُ الزوجُ منها مُتَلَفٌ، فَتَصِيرُ بذلك مُتَلَفَةً، يُحَكِّمُ على مَنْ فَسَخَ ذلك بِمهرِها، وإذا كانَ ذلك صحيحًا جاز أن يُسَمَّى الوطئُ تَلَفًا وإن كانَ عَيْنُهَا باقيةً؛ لأنَّه قد حصل له لَذَّةٌ هو المقصودُ منها، ولا يُمكنُ أن تُردَّ، فصار ذلك تَلَفًا.

ولم يُفَرِّقِ الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ بين المهرِ وبين قيمةِ الولدِ في الرجوعِ من أجل ما ذكره المزنيُّ من أنَّ الوطئَ تَلَفٌ فلم يَرْجَعْ به، والولدُ فلم يَتَلَفْ فَأُغْرِمَ القيمةَ فَرَجَعَ به، بل تَلَفُ الولدِ أَثْبَنُ وَأَوْضَحُ مِنْ تَلَفِ الوطئِ وإن كانَ العيانانِ باقين، فلم يُفَرِّقِ الشافعيُّ بينهما لأنَّ أحدهما تَلَفٌ والآخرُ ليس بتَلَفٍ، وإنَّما فَرَّقَ بينهما في الرجوعِ لأنَّ الزوجَ لَمَّا / وَطِئَ حصل له بوطنِهِ لَذَّةٌ عَوَضُهُ ما غَرِمَ، فكأنَّه حصل له شيءٌ غَرِمَ قيمته، فلم يَجْزَ له الرجوعُ بما غَرِمَ وقد حصل له عَوَضُهُ، ومع ذلك فإنَّه شيءٌ حَصَلَ له باختيارِهِ وشهوَتِهِ، غيرَ مجبورٍ عليه، ولا مغلوبٍ عليه، وأما أمُّ الولدِ فلم تَلِدْ باختيارِهِ ولا بشهوَتِهِ، ولا ذلك إليه، فإذا كانَ الولدُ خُلِقَ بغيرِ

اختياره وحكمت الشريعة بأنه حرٌّ فلا صنَع للأب في ذلك ولا اختيار، وذلك أمرٌ إلى الله تعالى، غيرُ منسوبٍ إلى الأبِ أنه فعَله، فلذلك جاز له الرجوعُ.

وقد قيل في الفرقِ بينهما أيضًا: إنَّ السَّيِّدَ دَخَلَ على أنَّ عليه العوضُ في الوطئ، وهو الثمنُ، فلمَّا استرجَعَ الثمنَ لمَّا استُحِقَّت الجاريةُ وَجِبَ رَدُّ بَدَلٍ ما أَخَذَ لَمَّا استرجَعَ الثمنَ، كما أنَّه يَرُدُّ ما أَخَذَ مِنَ الغَلَّةِ لأنَّ ذلك واجبٌ إذا استرجَعَ الثمنَ، فإنَّ وُجِدَ، وإلا فعوضه، وأمَّا الولدُ فلم يَدْخُلْ على أنَّ عليه فيه العوضُ ولا له ثمنٌ، وإنَّما دَخَلَ على أنَّ ولده يُخَلِّقُ حُرًّا^(١) بلا بَدَلٍ، فلذلك جاز له الرجوعُ؛ لأنَّ الولدَ إذا خَلِقَ حُرًّا لم يَحْصُلْ للأبِ بِجِذَاءِ ذلك شيءٌ^(٢)، وإنَّما خَلَقَهُ اللهُ حُرًّا بلا صنَعٍ منه ولا حُصُولِ بَدَلٍ منه، فلذلك جاز له الرجوعُ؛ لأنها غرامةٌ لَزِمَتْهُ مِنْ أَجْلِ غُرُورٍ وَقَعَ، لم تَدْخُلْ على غرامته، ولم يَحْصُلْ له بِجِذَائِهِ شيءٌ، والوطئُ فَلَذَّةٌ قد حَصَلَتْ له، فلذلك لم يرجع.

على أنَّ للشافعيَّ قولٌ آخَرَ في المهر أنَّه يَرْجِعُ به، وقد ذكرنا ذلك ووجهه واختلافَ القولين في موضعه.

* وأمَّا قوله: كما لم تصيرُ هي أمٌّ وليدٍ فكذلك لا يَغْتَنقُ الولدُ = / قيل له: لو (١٤٠/ ب) كان المِلْكُ صحيحًا لَعَتَقَ الولدُ ولا تصيرُ هي أمٌّ وَلَدٍ، وكما ذكرنا أنَّه لو اشْتَرَى ولده لصارَ حُرًّا ولو اشْتَرَى أمُّه لم تَغْتَنقْ عليه ولا صارتْ أمٌّ وَلَدِهِ بالوطئِ الأوَّلِ، فإذا جاز افتراقُهما في هذه المواضعِ جاز افتراقُهما في الوطئِ بالشبهة، والله أعلم.



(١) في الأصل: «حر».

(٢) في الأصل: «شيئا».

قال المزني: أمّا ما يَكْتُبُ بعضُ الناسِ في صَدَاقِهِمْ وتأخِيرِ حُقُوقِهِمْ، مثْلُ قولِهِ: «أَصْدَقَهَا كَذَا وكَذَا دينارًا، منها كَذَا وكَذَا نقدًا، ومنها كَذَا وكَذَا إلى عشر سنين»، وكما يُكْتَبُ لَهُ: «عليه كَذَا وكَذَا دينارًا مَحِلُّهَا إلى عشر سنين» = فليس هذا وجهُ ما أراد الكاتب؛ لأنَّ «إلى» غايةٌ، كقولِهِ: «إلى الليل» و«إلى شهر رمضان»، فالليلُ خارجٌ مِنَ التأخير، وكذلك شهرُ رمضانَ خارجٌ مِنَ التأخير، فلو كان «إلى عشر سنين» غايةً كما وَصَفْنَا لخرَجَتِ العشرُ سنين كما خرج الليلُ وشهرُ رمضان مِنَ التأخير.

ووجهُ ما وَصَفْنَا ما أراد الكاتبُ أن يكتبَ: «ومنها عشرةُ دنانيرَ مؤخَّرةً عليه عشرَ سنين»، وكذلك: «أخَرَهُ عشرَ سنين»، فتكون العشرةُ هي الأجلُ، فإذا انقَضَت حَلَّ الحَقُّ، وكذلك كُلُّ أَجَلٍ فهذا وجهُ وَصْفِهِ.

ومما يُشَبِّهُ ذلك ما اِخْتَلَفَ فِيهِ قولُ الشافعيِّ وغيره، قال الشافعيُّ: إذا قال: «له عندي ما بين الدينارِ إلى عشرةِ دنانيرَ» زَعَمَ الشافعيُّ أنَّ له ثمانيةَ دنانيرَ، أخرجَ الدينارَ الأوَّلَ وأخرجَ العاشرَ وأعطاه ما بينهما، كقولِهِ: «له ما بين هذا الجدارِ إلى هذا الجدارِ» فأعطاه ما بينهما وأخرجَ الجدارَيْنِ مِنَ الإقرارِ.

وهذا / ليس بشبيهٍ لَهُ؛ لأنَّه لو أخرجَ دينارًا مِنَ أوَّلِ والعشرةُ اسْتَحَالَ وجودُ شيءٍ بعد إخراجِ دينارٍ مِنْ عشرةٍ وإخراجِ عشرةٍ، ولم يَسْتَحِلْ^(١) إخراجُ الجدارِ الأوَّلِ والجدارِ الثاني عن العَرَضَةِ فيكونَ الإقرارُ على العَرَضَةِ، ولو كان الإقرارُ في عشرةِ دنانيرَ كالإقرارِ في العَرَضَةِ وَخَدَّهَا دُونَ الجدارَيْنِ لَوُجِدَ بين الواحدِ والعشرةِ بينٌ معقولٌ، فَلَمَّا بَطَلَ وجودُ ذلك واستحالَ ثَبَتَ أَنَّ «مِنْ دينارٍ إلى عشرةٍ» خلافُ

(١) كذا في الأصل، ثم حول إلى: «ولم يستحل».

«مِنْ هَذَا الْحَائِطِ إِلَى هَذَا الْحَائِطِ»، وَأَنْ مَخْرَجَ كَلَامِ النَّاسِ: «مِنْ دِينَارٍ إِلَى عَشْرَةٍ»
أَنَّهُ إِبْثَاتُ الْعَشْرَةِ عِنْدِي.

وَقَدْ قَالَ بَعْضُهُمْ: يَلْزَمُهُ تِسْعَةٌ، أَرَأَيْتَ رَجُلًا قَالَ لِرَجُلٍ: «اشْتَرِي لِي ثَوْبًا مِنْ
دِينَارٍ إِلَى دِينَارَيْنِ» أَكُنْتَ تُخْرِجُ الدِينَارَ الْأَوَّلَ وَالدِينَارَ الثَّانِي كَمَا أَخْرَجَ أَصْحَابُ
الشَّافِعِيِّ الدِينَارَ الْأَوَّلَ وَالْعَاشِرَ؟ فَأَيُّ شَيْءٍ بَقِيَ إِذَا نَزَعْتَ الدِينَارَ الْأَوَّلَ مِنَ الدِينَارِ
الثَّانِي مِنَ الدِينَارَيْنِ؟ أَرَأَيْتَ رَجُلًا قَالَ لِرَجُلٍ: «كُلْ مَا بَيْنَ قُرْصٍ إِلَى قُرْصَيْنِ» أَوْ
«أَنْتَ فِي حِلٍّ مِنْ أَنْ تَتَصَدَّقَ مِنَ الدِّرَاهِمِ الَّتِي مَعَكَ مِنْ دَرَاهِمٍ إِلَى دَرَاهِمَيْنِ» أَمَا
كَانَ لَهُ مَعْنَى مَعْقُولٌ؟ فَإِذَا كَانَ لَهُ مَعْنَى مَعْقُولٌ - وَهُوَ دَرَاهِمَيْنِ - خَرَجَ مِنْ أَنْ
يَكُونَ مَعْنَى مَا قَالَ: «مِنْ دِينَارٍ إِلَى عَشْرَةٍ» أَنَّهُ يَخْرُجُ الْأَوَّلُ وَالْعَاشِرُ.
فَتَفَهَّمُوهُ كَذَلِكَ تَجِدُوهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.



قال أبو إسحاق:

﴿فَالْجَوَابُ^(١)﴾

إِنَّ مَا ذَكَرَهُ الْمَزْنِيُّ / رَحِمَهُ اللَّهُ مِمَّا يَكْتُبُهُ النَّاسُ فِي كُتُبِهِمْ فَصَحِيحٌ مَعْقُولٌ وَإِنْ كَانَ (١٤١/ ب)
مَا أَتَى بِهِ أَوْضَحَ مِنْهُ؛ لِأَنَّ كَلَامَ النَّاسِ فِي مُخَاطَبَاتِهِمْ وَكُتُبِهِمْ إِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى مَا
يُعْقَلُ فِي مَقَاصِدِهِمْ، فَقَدْ تَسْتَوِي الْأَلْفَاظُ فِي ذَلِكَ وَتَخْتَلِفُ مَقَاصِدُهُمْ، فَيُحْمَلُوا
فِي ذَلِكَ عَلَى مَقَاصِدِهِمْ، لَا عَلَى الْمَطْلَقِ مِنَ الْأَفَاطِهِمْ.

أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ قَدْ أَطْلَقَ الْأَفَاطَ فِي أَشْيَاءَ مُخْتَلِفَةٍ الْمَعَانِي مُتَّفَقَةِ الْأَفَاطِ،
فَعُقِلَ فِي بَعْضِ ذَلِكَ أَنَّ مَرَادَهُ فِي التَّحْدِيدِ أَنْ لَا يُزَادَ عَلَيْهِ، وَمَنْ نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ كَانَ

(١) كَذَا فِي الْأَصْلِ، ثُمَّ زِيدَ الْفَاءُ لِيَصِيرَ: «فَالْجَوَابُ».

مُحْسِنًا، وفي بعض المواضع مُرَادُهُ أَنْ لَا يُنْقَصَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا، وَمَنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ كَانَ مُحْسِنًا، وفي بعض المواضع لَا يَجُوزُ مُخَالَفَةُ اللَّفْظِ فِي التَّحْدِيدِ لَا بِزِيَادَةٍ وَلَا نَقْصَانٍ، وَاللَّفْظُ فِي الْجَمِيعِ وَاحِدٌ، وَالْمَعْنَى مُخْتَلَفٌ عَلَى حَسَبِ مَا عُقِلَ مِنْ مُرَادِهِ عَزَّوَجَلَّ، فَكَذَلِكَ خَطَابُ الْأَدَمِيِّينَ إِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى مَا يُعْقَلُ فِي مَقَاصِدِهِمْ، فَرُبَّمَا وَقَعَ التَّحْدِيدُ وَقَصْدُهُ أَنْ لَا يُزَادَ عَلَى مَا حَدَّ، وَرُبَّمَا كَانَ قَصْدُهُ أَنْ لَا يُنْقَصَ، وَرُبَّمَا كَانَ قَصْدُهُ أَنْ لَا يُزَادَ وَلَا يُنْقَصَ، وَقَدْ حَصَلَتِ الْفَائِدَةُ فِي الْجَمِيعِ فِي التَّحْدِيدِ وَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْمَعَانِي، وَسُقُوطُ الْفَائِدَةِ فِي التَّحْدِيدِ أَنْ يَقَعَ التَّحْدِيدُ فِي شَيْءٍ ثُمَّ تَكُونَ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ وَالنَّقْصَانُ مِنْهُ وَاحِدًا^(١)، وَفِي ذَلِكَ سَقُوطُ الْفَائِدَةِ فِي التَّحْدِيدِ، وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ مِنَ الْوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَا / فَقَدْ حَصَلَتِ الْفَائِدَةُ فِي كُلِّ وَجْهِ مِنْ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَتِ الْفَوَائِدُ مُخْتَلِفَةً.

(١٤٢ / ٢)

وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ فَالْوَاجِبُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ النَّاسِ عَلَى مَقَاصِدِهِمْ، فَإِذَا خَرَجَ كَلَامُهُمْ مَخْرَجَ التَّأْخِيرِ إِلَى عَدَدٍ لَمْ يَصَحَّ ذَلِكَ الْعَدَدُ إِلَّا بِمَا قَبْلَهُ كَانَ ذَلِكَ الْعَدَدُ دَاخِلًا فِيهِمَا وَقَعَ التَّأْخِيرُ فِيهِ، فَإِذَا قَالَ: «إِلَى عَشْرِ سَنِينَ» فَإِنَّمَا خَرَجَ الْكَلَامُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ لِلتَّأْخِيرِ، وَإِنَّمَا صَحَّ الْعَاشِرُ بِمَا قَبْلَهُ؛ لِأَنَّ التَّاسِعَ لَوْ لَمْ يَكُنْ [لَمْ يَكُنْ^(٢)] لَهُ عَاشِرٌ فَكَانَ جَمِيعُ الْمَذْكُورِ دَاخِلًا فِي التَّأْخِيرِ لِأَنَّهُ مِنْ جَنْسِهِ، وَإِنَّمَا دَخَلَ فِي الْمَحَلِّ مَا خَرَجَ عَنِ الْمَذْكُورِ، فَأَمَّا اللَّيْلُ فَلَيْسَ مِنْ جَنْسِ النَّهَارِ وَلَا صَحَّ اسْمُهُ مِنْ أَجْلِ النَّهَارِ، بَلْ هُوَ اسْمٌ قَائِمٌ بِنَفْسِهِ لَا يَكُونُ مَعَ وَجُودِ النَّهَارِ، فَهُوَ ضِدُّهُ لَا مِنْ جَنْسِهِ، فَإِذَا وَقَعَ التَّأْخِيرُ مِنَ النَّهَارِ وَجُعِلَ الْحَدُّ ضِدَّهُ عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يُرَدَّ^(٣) بِذَلِكَ دُخُولُ ضِدِّهِ، وَإِنَّمَا ذُكِرَ ضِدُّهُ لَخُرُوجِهِ عَمَّا جُعِلَ لَهُ الْكَلَامُ قَبْلَهُ، فَأَمَّا

(٢) زيادة مني.

(١) في الأصل: «واحد».

(٣) في الأصل: «لم يراد»، ثم حول إلى المثبت.

الأعدادُ فجنسٌ واحدٌ بعضُهُ مُشْتَقٌّ مِنْ بعضٍ لا يَصِحُّ اسْمُهُ إِلَّا بِوَجُودِ^(١) ما قبله،
فلذلك دَخَلَ في المذكور.

وكذلك حُكِيَ عن جماعةِ أَهْلِ اللُّغَةِ أَنَّهُمْ قالوا: إِنَّ الحَدَّ إذا كان مِنْ جنسِ
المحدودِ فهو داخلٌ فيه، وإذا كان مِنْ غيرِ جنسِهِ فهو غيرُ داخلٍ فيه، مثلُ قوله:
﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فالليلُ ليس مِنْ جنسِ النهارِ، فلذلك لم
يدخل في الفرض، / ومع ذلك فلو دَخَلَ الليلُ الذي جُعِلَ حَدًّا لا تَصِلُ الإِمساكُ
ولم يَبْقَ للإباحَةِ وقتٌ، فعُقِلَ بذلك أَنَّهُ لم يُرَدِّ دُخُولُ الليلِ مع النهارِ.

* وأما قوله: لو كان «إلى عشر سنين» غايةً كما وَصَفْنَا لَخَرَجَتِ العَشْرُ سَنِينَ
كما خَرَجَ اللَّيْلُ = فغلطُ منه؛ لأنَّ العَشْرَةَ إِنَّمَا صَارَتْ عَشْرَةً بِاجْتِمَاعِ الأعدادِ، وقد
عُقِلَ أَنَّ ما قبلَ العاشرِ للتأخيرِ، فوجبَ أن يكونَ العَشْرُ كُلُّهُ للتأخيرِ، لأنَّهُ لم يَصِرْ
عَشْرًا إِلَّا بما انضَمَّ إِلَيْهِ مِنَ الأعدادِ قبله، ولم يَصِرِ اللَّيْلُ لَيْلًا لِمَا سَبَقَهُ مِنَ النهارِ.
وما ذَكَرَهُ أَبُو إِبْرَاهِيمَ رَحِمَهُ اللَّهُ مِنَ اللَّفْظِ أَوْضَحُ وَإِنْ كانَ ما حَكَاهُ عن غيره لا
يُشْكِلُ.

* وأما ما حَكَاهُ عن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ مِنْ قوله: «له عندي ما بين دينارٍ إلى
عشرةٍ» أَنَّ له ثمانيةً، وَأَنَّهُ أَخْرَجَ الدِّينَارَ الأوَّلَ وَأَخْرَجَ العاشرَ = فَإِنَّ الشافعيَّ فعلَ
ذلك من وجهين:

أحدهما: أَنَّهُ لَمَّا اخْتَمَلَ دُخُولُ الدِّينَارَيْنِ وَاخْتَمَلَ خُرُوجُهُمَا، وَأَنَّ الفَرْقَ في
الحَدِّ بين ما كان مِنْ جنسِهِ وبين ما لم يكن مِنْ جنسِهِ إِنَّمَا يَعْرِفُهُ أَهْلُ اللُّغَةِ، فَأَمَّا
العامةُ فلا معرفةَ لأكثرِها بذلك = صارَ ذلك شَكًّا، فلم يُلْزِمَهُ الشافعيُّ إِلَّا اليَقِينَ
وَطَرَحَ الشَّكَّ، كما قال: إذا قال: «عليَّ كذا وكذا دينارًا» فلا اختلافَ بين أَهْلِ

(١) في الأصل: «بوجوده».

(i / ١٤٣) العلم باللُّغَةِ أَنَّ اللُّغَةَ تُوجِبُ فِي «كَذَا دِينَارًا» أَحَدَ عَشَرَ دِينَارًا، وَفِي «كَذَا وَكَذَا» ضِعْفَهُ^(١)، فَلَمْ يَلْتَفِتِ الشَّافِعِيُّ إِلَى مَا عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ فِي ذَلِكَ، / وَلَمْ يُلْزِمَهُ إِلَّا الْيَقِينَ؛ لِأَنَّ الْعَامَّةَ لَا مَعْرِفَةَ لَهَا بِذَلِكَ، فَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: «مَا بَيْنَ دِينَارٍ إِلَى عَشْرَةِ» يَحْتَمِلُ دُخُولَ الْأَوَّلِ وَالْعَاشِرِ وَيَحْتَمِلُ خُرُوجَهُمَا، فَلَمْ يُلْزِمَهُ الشَّافِعِيُّ، وَالزَّمَهُ مَا بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ يَقِينٌ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ الشَّافِعِيَّ أَسْقَطَ هَذَيْنِ مِنْ جِهَةٍ؛ لِأَنَّ اللُّغَةَ تُوجِبُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَا شَكَّ أَنَّ الثَّوْبَ إِذَا وُصِفَ أَنَّهُ بَيْنَ الثَّوْبَيْنِ عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يُرَدَّ بِهِ الطَّرَفَيْنِ فِي الصَّفَاقَةِ وَالرَّقَّةِ، وَأَنَّهُ أَرَادَ مَا بَيْنَهُمَا، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُمْ: «مَا بَيْنَ الْمَسْجِدَيْنِ» لَا يُرَادُ بِذَلِكَ الْمَسْجِدَيْنِ، وَإِنَّمَا يُرَادُ مَا بَيْنَهُمَا، وَكَذَلِكَ إِذَا أُريدَ لَوْنٌ^(٢) بَيْنَ لَوْنَيْنِ أُريدَ [إِزَالَةُ^(٣)] الطَّرَفَيْنِ وَإِثْبَاتُ مَا بَيْنَهُمَا، كَذَلِكَ يُوجِبُ قَوْلُهُ: «مَا بَيْنَ دِينَارٍ إِلَى عَشْرَةِ» إِسْقَاطَ الطَّرَفَيْنِ وَإِجَابَ مَا بَيْنَهُمَا، وَإِنَّمَا فَعَلَ الشَّافِعِيُّ ذَلِكَ وَحَمَلَهُ عَلَى مَا تُوجِبُهُ اللُّغَةُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مِنْ كَلَامِ الْمُقَرَّرِ مَقْصِدٌ^(٤) يَعْلَمُ بِهِ دُخُولَ الْأَوَّلِ أَوِ الْعَاشِرِ كَمَا ظَهَرَ مِنْ كَلَامِ الْمُوَكَّلِ: «اشْتَرِ^(٥) لِي مِنْ دِينَارٍ إِلَى دِينَارَيْنِ» أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الْإِسْتِصْلَاحَ وَالنَّقْصَانَ، حَتَّى لَوْ اشْتَرَى لَهُ ذَلِكَ بَعْضَ الدِّينَارِ لَكَانَ مُحْسِنًا، فَحَمَلَهُ عَلَى مَقْصِدِهِ، وَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَلَمْ يَصِحَّ لَهُ مِنْ مَقْصِدِهِ مَا يُبَيِّنُ بِهِ مَرَادَهُ فِي الْأَوَّلِ وَالْعَاشِرِ، فَحَمَلَهُ عَلَى مَا أَوْجَبَهُ لَفْظُهُ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ بِاللُّغَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ قِيلَ فِي ذَلِكَ تَأْوِيلٌ آخَرُ، وَهُوَ قَوْلُهُ: إِنَّ «مَا بَيْنَ» يُوجِبُ دُخُولَ مَا بَعْدَ الْأَوَّلِ الْمَذْكُورِ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ لَمْ يُوجِبْ دُخُولَ الْأَوَّلِ، وَإِنَّمَا دَخَلَ فِي لَفْظِهِ مَا بَعْدَ الْأَوَّلِ،

(١) انظر «مغني اللبيب» لابن هشام (ص: ٢٥٤). (٢) في الأصل: «لونا».

(٣) في الأصل: «مما له»، وكأنه تصحيف. (٤) في الأصل: «مقصدا»، ثم ضرب على الألف.

(٥) في الأصل: «اشتري»، ثم ضرب على الياء.

فإذا قال: «إلى عشرة» احتمل / أن يكون العاشر عطفًا على ما خرج، وهو الأول، (١٤٣/ب) واحتمل أن يكون عطفًا على ما بعد الأول، فلمَّا احتمل وجهين، وقوله: «إلى» ليس باعتراف، وإنَّما هو حدٌ فيما وقع الاعترافُ به بكلامٍ مُتَقَدِّمٍ، والكلامُ الذي تَقَدَّمَ قوله: «له عليَّ ما بين كذا»، وهذا لا يُوجِبُ دخولَ الأول، وإنَّما يُوجِبُ دخولَ ما بعده، فلم يَثْبُت في العاشر لفظٌ يُوجِبُ أن يكون إقرارًا، وإنَّما ثبت لفظُ الإقرار في الثمانية، فلزِمَه، وسَقَطَ ما عداه، إلَّا أن يكون من قوله دليلٌ على ما أراده. وأما من ألزَمَه التسعة؛ فهو أشبهُ مما اختاره المزيُّ وأقربُ؛ لأنَّه حمَلَ الإقرار على إسقاطِ الأولِ وإلزامِ العاشر، لأنَّ قوله: «ما بين» لا يُوجِبُ دخولَ ما قبل البين، والبينُ ليس باسمٍ للأول، لأنَّه لا يَثْبُتُ إلَّا بأن يَتَقَدَّمَ شيءٌ ويتأخَّر عنه شيءٌ فيكون بينهما، فلمَّا لم يكن ذلك اسمَ الأولِ البين^(١) أسْقَطَه وألزَمَه ما بعده، وأما قوله: «إلى عشرة» فهو عطفٌ على ما لَزِمَ، وهو التاسع، فألزَمَه.

فهذا يَقْرُبُ مما قصده الشافعي رَحِمَهُ اللهُ، وما ذهب إليه الشافعيُّ أخوَطُ في إسقاطِ الشكِّ وإلزامِ اليقين، فأما ما ذهب إليه المزيُّ فبعيدٌ؛ لأنَّه أَدْخَلَ الشكَّ مع اليقين، لأنَّ اليقينَ لا يَتَمَيَّزُ مِنَ الشكِّ، وإنَّما سبيلُ الشكِّ إذا اختلط باليقين ولم يَتَمَيَّزْ أن لا يَلْزَمُ إلَّا اليقينُ أو يَسْقُطُ الجميعُ ويُرَدُّ إلى قائله، فأما إدخالُ الشكِّ مع اليقين وإلزامُ جميعِ ذلك فغلطٌ خارجٌ عن الأصول.

* وأما اغْتِلَالُهُ في أنَّه ألزَمَه العشرَ لأنَّه إذا أخرجَ الأولَ والعاشرَ لم يَبْقَ بينهما

/ شيءٌ = فلو كان الأمرُ كما قال لكان هذا إقرارًا مستحيلًا ساقطًا، لأنَّه لم يَثْبُت (١٤٤/أ) الأولُ بإقرارٍ، وما لم يثبت بإقراره فساقطٌ، فإن كان سقوطُهُ يوجب سقوطَ ما بعده

(١) الكلمة مشتبهة في الأصل.

فليس هذا بإقرار، فينبغي أن يَسْقُطَ الجميعُ، فأما إلزامُ الجميعِ بلفظٍ لا يُوجِبُ الإقرارَ بالجميعِ فلا وجهَ له.

وذكرَ المزيُّ في أوَّلِ هذه المسألةِ أنَّ ما يُكْتَبُ في الكتبِ «إلى عشرِ سنين» فغلطُ لأنَّ الحَدَّ خارجٌ عن المحدودِ، ثُمَّ قَصَدَ إلى مسألةِ الشافعيِّ: «ما بين دينارٍ إلى عشرة» فالزَمَهُ العاشرَ في موضعٍ لم يَتَقَدَّمْ منه إقرارٌ^(١) يُوجِبُ لفظُهُ ذلكَ، وأنكرَ أن يكونَ ذلكَ داخلاً في التأخيرِ وقد تَقَدَّمَ لفظُ يُوجِبُ التأخيرَ، فلو فَرَّقَ بين المسألتين لكانَ قد وُفِّقَ لِمَا قالَ الشافعيُّ وغيرُهُ في المسألةِ الأولى في التأخيرِ إلى عشرِ سنين أن نِسْبَةَ العاشرِ داخلٌ في التأخيرِ لأنَّ الكلامَ إِنَّمَا تَقَدَّمَ في التأخيرِ فَحَدُّهُ داخلٌ فيه، وأما قولُهُ: «ما بين دينارٍ إلى عشرة» فَإِنَّمَا أَلْزَمَ نَفْسَهُ ما بينهما، وهما خارجانِ مِنَ الإقرارِ، فكيف يجوزُ للمزيِّ رَحِمَهُ اللهُ أَنْ يُلْزِمَهُ العاشرَ فيما لم يتقدم فيه لفظُ يُلْزِمُهُ، ثُمَّ يُنْكِرَ على غيره أن يُلْزِمَهُ التأخيرَ فيما تَقَدَّمَ فيه لفظُ يُلْزِمُهُ؟ وهذا بَيِّنُ الإعناتِ.

* وأما قولُهُ: كما يقولُ: «اشتر^(٢) لي ثوباً من دينارٍ إلى دينارَيْن» = فليس هذا مِنْ بابِ الإقرارِ بسبيلٍ؛ لأنَّ التحديدَ في الأشياءِ معقولٌ، وإِنَّمَا يُحْمَلُ ذلكَ على ما تَقَدَّمَ مِنَ الخطابِ وعلى / حسب المقصِدِ في ذلك. (١٤٤/ب)

فمنها: ما يقع التحديدُ لأن لا يُنْقَصَ منه، فإذا زاد صاحِبُهُ كان مُحْسِنًا.

ومنها: ما يقع التحديدُ بأن لا يُزَادَ عليه، وإذا نقص صاحِبُهُ كان مُحْسِنًا.

ومنها: ما يقع التحديدُ في الزيادةِ والنقصانِ، فلا يجوزُ الزيادةُ فيها ولا النقصانُ منها.

(١) في الأصل: «إقراراً»، ثم ضرب على الألف.

(٢) في الأصل: «اشترى»، ثم ضرب على الياء.

واللفظ في جميع ذلك واحد، ولكن يُجْرَى ذلك على ما قُصِدَ الخطابُ له.

فإذا كان ذلك في آجلٍ عَلِمَ أَنَّ التحديدَ إِنَّمَا وَقَعَ في الأجلِ لِيُمنَعَ مِنَ المطالبةِ قبله، ولأن لا يَدْفَعُهُ مَنْ عليه الحقُّ بعده، وإن قَدَّمَ مَنْ عليه الحقُّ قبل وقته كان مُحْسِنًا، وإن صبر صاحبُ الحقِّ بعد مَحَلِّه كان مُحْسِنًا، فاللفظُ في التأخيرِ واحدٌ، ومَقْصِدُهُما مختلفٌ، فَمَقْصِدُ صاحبِ الحقِّ أن يَمْنَعَهُ مِنَ الزيادةِ، ومَقْصِدُ الذي عليه الحقُّ أن لا يَنْقُصَهُ مِنَ المَدَّةِ.

ألا تَرَى أَنَّ التحديدَ قد وَقَعَ في الزكاةِ الواجبةِ في المالِ، وإِنَّمَا وَقَعَ لأن لا يُؤَخَّرَ عن الوقتِ، فإن عَجَّلَ كان مُحْسِنًا.

وكذلك إذا قال له: «اشْتَرِي»^(١) لي شيءٌ سَمَّاهُ مِنْ دينارٍ إلى دينارَيْنِ «فإنَّمَا وقع التحديدُ لِمَنْعِهِ مِنَ الزيادةِ، فإن اشْتَرَى بأقلِّ مما حُدَّ له كان مُحْسِنًا، وإن اشْتَرَى بالزيادةِ كان مُخَالِفًا ولا يَلْزَمُ ذلك الأمرُ.

ولو كان أمره ببيعِ سلعةٍ له وحَدَّ له مِنَ الدينارِ إلى الدينارينِ لكان مَقْصِدُهُ أن لا يَنْقُصَ مِنَ الدينارِ شيئًا، فلو باعَ بنقصانٍ لكان مُخَالِفًا وكان بيعُهُ مردودًا، ولو باعَ بالزيادةِ على الدينارينِ لكان مُحْسِنًا.

ولا يجوزُ قياسُ ذلك في الإقرارِ إذا قال: «أردتُ / به أقلُّ مِنْ دينارٍ» وإن كان (١/١٤٥) اللفظُ واحدًا؛ لأنَّ المَقْصِدَيْنِ مختلفَيْنِ^(٢)، فالتحديدُ في الإقرارِ إِنَّمَا يَقَعُ لِيُمنَعَ مِنَ النقصانِ، والتحديدُ في الشَّرْيِ إِنَّمَا يَقَعُ لأن لا يَزِيدَ في الثَّمَنِ على ما حَدَّ.

وهذا يَدُلُّ على أنَّ هذه أمورٌ معقولةٌ معروفةٌ المقاصدِ، فيُحْمَلُ خطابُ الناسِ

(١) هكذا في الأصل بإثبات الياء، ثم ضرب عليه.

(٢) في الأصل: «مختلفين».

فيها على مقاصدهم، فتختلف الأحكام فيها لاختلاف المعاني والمقاصد وإن اللفظ واحد، ومن أراد حمل ذلك على ما يوجب اللفظ عنده على وجه واحد وجد قوله مخالفاً للكتاب والسنة ولمخاطبات الناس؛ لأن الله عز وجل قد حدد أشياء قصده أن لا تنقص، وقد حدد أشياء قصده أن لا تزداد ولا تنقص، واللفظ في الجميع واحد، والمراد مختلف لاختلاف المعاني والمقاصد، فلكذلك ألفاظ الآدميين تحمل على مقاصدهم فيما تعرف مقاصدهم فيه، وما لم تعرف مقاصدهم فيه حملوا على الغالب من مخاطباتهم، فإن لم يكن لهم في ذلك غالب استعمل منه ما يتفق وأسقط ما عداه إذا لم يكن عليه دليل، فأما خطاب الله عز وجل في شرائعه فلا سبيل إلى إسقاطه، ولا يجوز أن لا يعرف معناه ولا مراده، ولا يخلو ذلك من دليل يبينه ليحمل على دليله، وأما كلام الآدميين فقد يثبت وقد يسقط، فما وجد عليه دليل استعمل، وما لم يوجد عليه دليل أسقط.

(١٤٥/ ب) ولهذا أسقط الشافعي رحمه الله اثنين من العدد في قوله: «له ما بين دينار / إلى عشرة»؛ لأنه لم يصح له دليله، وكذلك أسقط الوعاء إذا قال: «له عندي تمر في جراب» أو «دنانير في كيس»؛ لأنه لم يصح له دليل أن الجراب داخل في الإقرار، ولا في ذلك عرف يحمل عليه، فأسقط من إقراره، إلا أن يبين من كلامه ما يدل على مراده، وأن ذلك داخل في إقراره، فيلزمه حينئذ.

* فأما ما ذكره المزني وألزمه الشافعي من جهة المقايسة = فالمقايسة إنما تقع في خطاب الله تعالى، فأما ما في ألفاظ الآدميين فالفاظهم وما يوجب كلامهم فلا مدخل للقياس في ذلك، وإنما يلزمهم من ذلك ما يوجب لفظهم، وما خرج عن اللفظ فغير لازم وإن كان معناه معنى ما لفظ به، وإنما تدخل المعاني في تخصيص ما لفظ به، فأما في تخطي المسمى إلى غيره فذلك عنده غير جائز، ومن أجل

ذلك خالف مالكاً رَحِمَهُ اللهُ في حملِ الأيمانِ على الأسبابِ؛ لأنَّ مَنْ حَمَلَهَا على الأسبابِ تَخَطَّى المَسْمَى إلى غيرِه، وذلك غيرُ جائزٍ عنده، وفي خطابِ الشريعةِ رُبَّمَا أَدَّى المعنى إلى تخصيصِ اللَّفْظِ، ورُبَّمَا أَدَّى إلى التَّخَطِّي إلى غيرِه، والكلامُ في ذلك مذكورٌ في «كتاب الشرح» في موضعه.

فإذا كان هذا أصلُ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ الذي لا نعلم أنَّ المزنيَّ خالفه فيه فمن أين يُلْزَمُهُ المَقايِسةُ من جهة المعاني؟ وَصَحَّ أنَّ هذه ألفاظٌ رُبَّمَا اتَّفَقَتِ المعاني فيها ورُبَّمَا اختلفتْ، فسبيلُ جميعِها أن لا يُتَخَطَّى اللَّفْظُ إلى غيرِه، ونُظِرَ فيما دَخَلَ في لَفْظِهِ فَحُمِلَ على عُرْفِ الناسِ / في مخاطباتِهِمْ وفي كلامِهِمْ، فما أَوْجَبَ (١/١٤٦) الاختلافَ اختلفَ، وما اتَّفَقَتِ المعاني فيها جُمِعَ بين أحكامِها، وما خرجَ عن اللَّفْظِ لم يُلْزَمَ إلَّا بدليلٍ من قائلِهِ أو اعترافٍ أَنَّهُ أرادَهُ، فأَمَّا إلْزامُ ذلك من جهة اتِّفاقِ المعاني بلا دليلٍ من قائلِهِ فغيرُ لازمٍ، وأبو إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ أَلْزَمَ على المعاني، ثُمَّ تَرَكَ ما أَلْزَمَ عليه، فخالف ما قال في أوَّلِ المسألةِ، وبَنَى عليه أمرَهُ في آخرِها، وقد ذكرنا ذلك في موضعه، والله أعلم.

ورُبَّمَا أُطْلِقَ اللَّفْظُ فيما بين الوقتين فيكونُ المرادُ به ما مَضَى، بأن يقال: «وقتُ صلاةِ الظهرِ ما بين زَوَالِ الشمسِ إلى أن يَصِيرَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مثله، والنهارُ ما بين طُلُوعِ الشمسِ إلى غُرُوبِها»، فيكونُ طُلُوعُ الشمسِ وغُرُوبُها داخلًا^(١) فيه، وزَوَالُ الشمسِ إلى أن يَسْتَكْمِلَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مثله داخلًا^(٢) فيه، على حسبِ ما تَقَدَّمَ من الأصولِ فيهما، ثُمَّ يُقَالُ: «شهرُ رمضان ما بين الهالِئَيْنِ»، فيكونُ الهالِئُ الأوَّلُ داخلًا^(٣) فيه، والهالِئُ الثاني خارجًا^(٤) منه، وهذا يَدُلُّ على أنَّ ذلك إِنَّمَا يُحْمَلُ

(٢) في الأصل: «داخل».

(٤) في الأصل: «خارج».

(١) في الأصل: «داخل».

(٣) في الأصل: «داخل».

على ما يُعْقَلُ وعلى حسب ما تَقَدَّمَ في ذلك من الأصول، لا أن جميع ذلك يُحْمَلُ
على أمرٍ واحدٍ، والله أعلم.

* وأما حَمْلُ كلامهم على ما تُوجِبُه اللُّغَةُ وإن لم يَجْرِ بذلك عرفٌ بين الناس
في مخاطباتهم = فبين أصحابنا في ذلك اختلاف^(١):

(١٤٦/ ب) فمنهم / مَنْ يُطْلِقُ اللَّفْظَ في أن ذلك لا يَلْزَمُ إِلَّا فيما جَرى به العرفُ في
مخاطباتِ الناسِ، ولا يَلْزَمُ ما تُوجِبُه اللُّغَةُ من أجل رفع أو نصبٍ، وأنَّ الناسَ في
ذلك شَرَعُوا واحدًا للعالمِ باللُّغَةِ والجاهلُ به؛ لأنَّ التَّمْيِيزَ^(٢) بين أحوالهم في معرفة
اللُّغَةِ لا يُضْبَطُ.

ومن أصحابنا مَنْ ذَكَرَ أَنَّ الشافعيَّ إِنَّمَا اخْتَصَرَ^(٣) بالمَقَرِّ على درهمين إذا قال:
«له عندي أو عليّ كذا وكذا درهمًا أو دينارًا» إذا كان من العامة الذين لا يعرفون
أَمْرَ اللُّغَةِ، فأَمَّا إذا خرج ذلك ممن يَعْرِفُ ما تُوجِبُه اللُّغَةُ حُكْمَ عليه اثنانِ وعشرون
على ما تُوجِبُه اللُّغَةُ.

وعلى الأوَّلِ الأكثرُ من أصحابنا، والثاني محتملٌ، والله أعلم.



(١) في الأصل: «اختلافًا»، ثم حول إلى المثبت.

(٢) رسم الأصل: «اليمين».

(٣) كذا في الأصل.

قال المزني: جعل الشافعي رحمه الله الأحكام مُعْتَبَرَةً بِفَاعِلِهَا، ولذلك جَعَلَ طَلَاقَ الْحُرِّ الْأَمَةِ ثَلَاثًا وَعِدَّتَهَا قُرْوَانًا، وَطَلَاقَ الْعَبْدِ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَتَيْنِ وَعِدَّتَهَا ثَلَاثَةً أَقْرَاءَ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُخَصَّنَ يَزْنِي بِالْبَكْرِ فَيُرْجَمُ وَتُحَدُّ هِيَ مِثَّةً، وَالزَّانَا وَاحِدًا، وَيَزْنِي بِالْأَمَةِ فَيُحَدُّ مِثَّةً وَتُحَدُّ خَمْسِينَ، وَيَزْنِي بِهَا فَيُرْجَمُ هُوَ وَلَا حَدٌّ عَلَيْهَا، فَقَدْ جَعَلَ الشَّافِعِيُّ الْأَحْكَامَ بِفَاعِلِهَا.

وكذلك قال في الرجلِ يَجْنِي عَلَى الرَّجُلِ عَمْدًا وَقَدْ جَرَّحَهُ سَبْعٌ فَيَمُوتُ مِنْهَا أَنَّ عَلَى الرَّجُلِ الْقَوْدَ، وَكَذَلِكَ لَوْ جَنَى مَعَ مَجْنُونٍ أَوْ صَبِيٍّ أَنَّ عَلَيْهِ الْقَوْدَ دُونَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْفِعْلِ حُكْمُ صَاحِبِهِ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ كُلُّهَا / وَإِنْ كَانَ (١/١٤٧) فِي الْقَتْلِ وَاحِدًا.

ثُمَّ قَالَ بَعْضُ مَنْ نُسِبَ إِلَى عِلْمِ الشَّافِعِيِّ: إِنْ قَتَلَ عَمْدًا مَعَ رَجُلٍ خَطِئَ أَنَّهُ يَرْفَعُ الْقَوْدَ عَنِ الْعَامِدِ لِعِلَّةِ الْخَاطِئِ، فَأَبْطَلَ أَنْ يُحْكَمَ لِفِعْلِهِ بِحُكْمِ فَاعِلِهِ، وَفِي ذَلِكَ تَرْكُ مَا ادَّعَى مِنْ أَضْلٍ صَاحِبِهِ.

وَيُقَالُ لَهُ: قَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ: لَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ قَتَلَا رَجُلًا عَمْدًا كَانَ لِلْوَلِيِّ قَتْلُهُمَا، وَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِنَّمَا يُقْتَلُ بِفِعْلِهِ، لَا بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ. فَيُقَالُ لَهُ: أَرَأَيْتُمْ لَوْ عَفَا الْوَلِيُّ عَنْ أَحَدِهِمَا أَيْكُونُ عَفْوًا عَنِ الْآخَرِ؟ فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ عَفْوًا عَنِ الْآخَرِ وَالْمَعْنَى وَاحِدًا لِأَنَّهُ فِعْلٌ مِنْ فَاعِلَيْنِ كَانَ كَذَلِكَ حُكْمُ الْآخَرِ عَلَيْهِ الْقَوْدُ، وَلَا يُسْقِطُ حُكْمُ الْعَفْوِ عَنْ شَرِيكِهِ فِي الْقَتْلِ حُكْمَ الْقَوْدِ عَلَيْهِ.

فَكَذَلِكَ يَا أَصْحَابَ الشَّافِعِيِّ فَقُولُوا: إِنَّ الْأَحْكَامَ بِفَاعِلِهَا عَلَى أَصْلِكُمْ، فَاقْتُلُوا كُلَّ عَامِدٍ لِلْقَتْلِ بِفِعْلِهِ وَإِنْ شَرِكَهُ خَاطِئٌ، وَلَا يَخْتَلِفُ فِعْلُهُ لاختلافِ الْفَاعِلِينَ مَعَهُ كَمَا

لم يختلف حكمُ القاتِلِ وإنْ شَرِكَه في القتلِ صبيٌّ أو مجنونٌ أو سَبُعٌ أو أَبٌ للمقتولِ.
فَتَفَهَّمُوا، فَإِنَّ الشافعيَّ رَحِمَهُ اللهُ عَلَّمَكُمْ تركَ التقليدِ، وقبولِ الحقِّ ممن جاء به،
فقد نصَّحكم، وله أجرٌ صوابكم، وهو بريءٌ من خطاياكم، وفقنا الله وإياكم^(١).



قال أبو إسحاق:

❖ ❖ ❖ الجواب ❖ ❖ ❖

الذي نَسَبَهُ أبو إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ إلى أصحابِ الشافعيِّ ليس ذلك بشيءٍ
استخرجوه ولا قالوه اجتهادًا على مذهبه، وإنَّما هو شيءٌ نَصَّ الشافعيُّ عليه^(٢)،
فإنَّ يَكُ / ذلك خطأ كان ذلك منسوبًا إليه، لا إلى أصحابه، وليس الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ
(١٤٧/ ب) بمعصومٍ ولا أَحَدٌ مِنَ الأئمةِ قبله، وإنَّما ذلك شيءٌ خُصَّ به الأنبياءُ صلوات الله
عليهم، فأَمَّا أَتباعُهُم إذا تكلَّمُوا في الحلالِ والحرامِ مِنْ طريقِ الاجتهادِ فَرُبَّمَا
أصابوا ورُبَّمَا أخطؤوا، ألا تَرى إلى قولِ النبي صلى الله عليه وآله: «إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ
فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِنْ اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»، فلم يُعَرِّيه مِنَ الخطأِ في اجتهاده.
وأَمَّا الكلامُ في هذه المسألةِ فالفرقُ بين أن يَشْرَكَه عامدٌ وبين أن يَشْرَكَه خاطئٌ
بَيِّنٌ لا يحتاج إلى هذه العِظَةِ كُلِّهَا، ولو تأمَّلَه أبو إبراهيم حَقَّ تَأَمُّلِهِ لَبَانَ لَهُ الفرقُ
إِنْ شاء الله واستَغْنَى عن هذا الكلامِ، ولكنَّ الشافعيَّ رَحِمَهُ اللهُ مع وجوبِ حَقِّه عليه
لم يُرْزَقْ منه الاشتغالُ بتخريجِ مذهبه وطلبِ الحُجَّةِ فيما أشكَلَ مِنْ مذهبه، بل
أشْغَلَ نَفْسَهُ بالطعنِ فيما أمْكَنَهُ الطعنُ فيه مِنْ مذهبه، والله يغفرُ لنا وله.

(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٢٨٧٣).

(٢) الغريب أن المزني نفسه في «المختصر» (الفقرة: ٢٨٧٣) نقله عن نص الشافعي.

والفرق بين مَنْ شَرِكَهَ عامدٌ لا قصاصَ عليه وبين مَنْ شَرِكَهَ خاطئٌ أنَّ القاتِلَيْنِ فعلُهُما مُخْتَلِطٌ في المقتولِ اختلاطًا لا يَتَمَيَّزُ، فالذي سَقَطَ عنه القصاصُ وهو عامدٌ لأنَّه أبٌ قتل ابنه أو لأنَّه مسلمٌ قتل كافرًا أو لأنَّه حرٌّ فإنَّما سَقَطَ عنه القصاصُ لمعنى فيه لا في فعله، لأنَّ فِعْلَ مَنْ عليه القصاصُ وفِعْلَ مَنْ لا قصاصَ عليه فعلٌ واحدٌ، وهما جميعًا عمدان^(١)، وإنَّما اِخْتَلَفَ حكمُهُما لمعنى في الفاعل، وهو فضله، وهذا معنى لا يَشْرِكُهُ فيه صاحبه الذي / شَرِكَهَ في القتلِ، فشابهَ القاتِلَيْنِ إذا عفا الوليُّ عن أحدهما فلا يُوجِبُ ذلك سُقُوطَ القصاصِ عن الآخرِ، لأنَّ المعنى الذي أَسْقَطَ القصاصَ هو العفو، والعفوُ معنى تَفَرَّدَ به المَعْفُوُّ عنه، لا يَشْرِكُهُ فيه شريكه في القتلِ، فلذلك وجب القودُ على الآخرِ الذي لم يُعْفَ عنه، فكذلك مَنْ شَرِكَهَ عامدًا فسَقَطَ القصاصُ عنه لِحُرِّيَّتِهِ أو لأبُوَّتِهِ فذلك معنى يَنْفَرِدُ به لا يَشْرِكُهُ صاحبه فيه، فلذلك وَجَبَ القصاصُ على صاحبه.

وأما إذا شَرِكَهَ خاطئٌ فالمعنى الذي أَسْقَطَ القصاصَ عن الخاطئِ هو معنى في فِعْلِهِ لا فيه، وهو أنَّ فِعْلَهُ غيرُ مقصودٍ، وفِعْلُ صاحبه مقصودٌ، والفِعْلانِ مُخْتَلِطان^(٢) لا يَتَمَيَّزان ولا يَتَبَعَّضان، فإذا سَقَطَ القصاصُ في بعضِ الفعلِ المُخْتَلِطِ غيرِ المَتَمَيَّزِ سَقَطَ في جميعه، فلذلك أَسْقَطَ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ القصاصَ إذا شَرِكَهَ خاطئٌ.

ونظيرُ ذلك أن يجب القودُ لجماعةٍ فيَعْفُو بعضهم عن القاتلِ فيَبْطُلُ القصاصُ لجميعهم؛ لأنَّه إنَّما وَجَبَ للورثةِ فعلٌ واحدٌ، وهو القتلُ، فإذا بَطُلَ بعضُه بالعفوِ الواقعِ - والفعلُ الواحدُ لا يَتَمَيَّزُ ولا يَتَبَعَّضُ - بَطُلَ جميعه.

فهذا الفرقُ بين مَنْ شَرِكَهَ عامدٌ وبين مَنْ شَرِكَهَ خاطئٌ، وما^(٣) نَسَبَهُ أبو إبراهيم

(١) في الأصل: «عمدين».

(٢) في الأصل: «والفعلين مختلطين».

(٣) في الأصل: «وأما»، ثم ضرب على الهمزة منه.

إلى أصحابه من وقوع الخطإ عليهم، فذلك فيه ممكن، ولو تأمله لتبينه.

* وأما ما حكاه عن الشافعي في الصبي مع البالغ إذا اشتركا في القتل أن القصاص على البالغ واجب لا يسقط بسقوطه عن الصبي = فإن قول الشافعي رحمه الله اختلف

(ب / ١٤٨) في ذلك حسب اختلاف / قوله في عمد الصبي:

فأخذ قوله: أن عمد الصبي عمد غير أنه لا قصاص فيه، وكذلك المجنون، والدية في ماله حالة^(١).

فإذا قيل ذلك فعلى من شركه القصاص؛ لأنهما عامدان^(٢) سقط القصاص عن أحدهما لمعنى فيه كالأبوة، فلا يسقط بذلك القصاص عن الآخر.

والقول الثاني: أن عمد الصبي والمجنون خطأ لا حكم لعمدهما لارتفاع العلم عنهما، وجعل الدية في عمدهما على عاقلتهما كما يحكم في الخطإ.

فإذا قيل ذلك سقط القصاص عن من شركهما في القتل؛ لأن حكمهما حكم الخطإ، وذلك معنى في فعلهما.

فما قالوه بل قاله الشافعي لا يخرج عما أصله؛ لأن قوله لم يختلف فيما كان عمدا حكمه حكم العمد في دية أن القصاص لا يسقط عن من شرك من سقط عنه، وكذلك لم يختلف قوله فيمن شركه خاطئ أن القصاص يسقط عن العامد معه، وإنما اختلف قوله في الصبي والمجنون لإشكال الأمر في أن فعلهما عمد أو خطأ، فإن صح أن حكمه حكم العمد فالقصاص على من شركه واجب قولا واحدا^(٣)، وإن صح أن حكمه حكم الخطإ فالقصاص ممن شركه ساقط قولا واحدا^(٤)، والله أعلم.

(٢) في الأصل: «عامدين».

(١) في الأصل: «حال»، ثم حول إلى المثبت.

(٤) في الأصل: «قول واحد».

(٣) في الأصل: «قول واحد».

(٤١) مسألة [قذف الرجل امرأته برجل بعينه]

قال المزمي رَحِمَهُ اللهُ: الجوابُ عندي وبالله التوفيق أنَّ مَنْ قَذَفَ مِنَ الْمُحْصَنِينَ والمُحْصَنَاتِ فَقَدْ وَجَبَ لَهُ الْحَدُّ، وَلَا يُخْرِجُهُ مِنَ الْحَدِّ أَنْ يَقْذِفَ مَعَهُ امْرَأَتَهُ، غَيْرَ أَنَّ الزَّوْجَ يَخْرُجُ مِنَ الْحَدِّ فِي امْرَأَتِهِ بِاللُّعَانِ، وَيَخْرُجُ مَنْ قَذَفَ الْأَجْنَبِيَّ بِالشَّهَوْدِ، / وقد قال الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، فَقَدْ لَزِمَهُ بِالْقُرْآنِ اسْمُ الرَّمْيِ بِالْقَذْفِ، وَلَا يُخْرِجُهُ مِنْ حَكْمِ الْآيَةِ إِلَّا مَا حَكَّمَ اللَّهُ بِهِ مِنَ الْخُرُوجِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ.

وهذا عندي القياسُ على أصولِ الشافعيِّ في قوله: إِنَّ الْأَحْكَامَ بِفَاعِلِهَا، وَمِنْ احتجاجة أَنْ مُحْصَنًا لَوْ زَنَا بِأَمَةٍ أَنَّ عَلَيْهِ الرَّجْمَ، وَعَلَى الْأَمَةِ جَلْدٌ خَمْسِينَ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ عَبْدًا فَجَرَ بِمُحْصَنَةٍ أَنَّ عَلَيْهَا الرَّجْمَ وَعَلَيْهِ جَلْدٌ خَمْسِينَ، وَالزَّنا وَاحِدٌ، وَاخْتَلَفَ حَكْمُهُ لاختلافِ فاعِلِهِ، وَهُوَ يَقُولُ: لَوْ قَذَفَ جَمَاعَةٌ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ لَكَانَ لِكُلِّ مَقْذُوفٍ حَدٌّ، وَقَدْ حَكَّمَ اللَّهُ لِلْمَقْذُوفِ إِذَا كَانَ حُرًّا بِالْحَدِّ، فَكِلَاهُمَا مَقْذُوفٌ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَرْأَةَ لَوْ اعْتَرَفَتْ فَصَدَّقَتْهُ أَنَّ لِلْمَقْذُوفِ بِهَا حَدُّهُ، وَلَوْ كَانَ الْمَعْنَى فِي ذَلِكَ وَاحِدًا لِلْإِعْنَاءِ بِهِ وَلَا مَعْنَى لِلْمَقْذُوفِ بِهَا، وَإِلَّا لَزِمَ إِذَا أَقَرَّتْ بِالزَّنا فَسَقَطَ عَنْهُ اللَّعَانُ بِسَبَبِهَا أَنْ يَسْقُطَ عَنْهُ لِلْأَجْنَبِيِّ الْحَدُّ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى وَاحِدٌ، وَلَا أُخِيبُ أَحَدًا مِنَ أَهْلِ الْعِلْمِ يُخَالِفُ فِي أَنَّ حَدَّهُ قَائِمٌ إِذَا أَقَرَّتْ بِالزَّنا، وَأَنَّ عَلَيْهَا لِلْمَقْذُوفِ حَدٌّ لِقَذْفِهَا إِيَّاهُ بِذَلِكَ الزَّنا، فَانْظُرْ فِي ذَلِكَ نَظْرًا شَافِيًّا فَالْقِيَاسُ مَا قُلْنَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَصْلًا فَيُتْرَكَ لَهُ الْقِيَاسُ.

واحتج الشافعي في الذي رَمَى الْعَجْلَانِيَّ بِامْرَأَتِهِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ لَمْ يَبْعَثْ إِلَيْهِ فَيَسْأَلُهُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ حَدٌّ لَأُرْسِلَ إِلَيْهِ، بَلْ كَانَ يَأْخُذُ لَهُ. وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ

(١٤٩/ ب) آخَرَ: إِنَّهُ سَأَلَهُ فَأَنْكَرَ / فلم يَلْحَقْهُ ولم يُحْلَفْهُ ولم يَحُدَّهُ بِالتَّعَانِ غَيْرَهُ، ولم يَحُدَّ العجلانيَّ القاذِفَ له بِاسْمِهِ^(١).

وقال في موضع آخَرَ: وليس للإمام إذا رُمِيَ رجلٌ بالزنا أن يَبْعَثَ إليه فيسأله عن ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّوَجَلَّ يقول: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: ١٢]، فإن شُبَّهَ على أحدٍ بأنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ بَعَثَ أنيسًا إلى امرأةٍ رجلٍ فقال: «إِنْ اعْتَرَفْتَ فَارْجُمِهَا»^(٢) فتلك امرأةٌ ذَكَرَ أَبُو الزَّانِي أنَّهَا زَنَتْ، وكان يَلْزِمُهُ أن يسألَ، فإن أَقَرَّتْ حَدَّثَ وَسَقَطَ الْحَدُّ عَنْ مَنْ قَذَفَهَا، وَإِنْ أَنْكَرَتْ حُدَّ قَازِفُهَا^(٣).

قال المزي: فلو قال قائلٌ: كذلك الذي رماه العجلانيُّ بالزنا مثلُ المرأةِ التي رَمَاهَا الرَّافِعُ إلى رسولِ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ أَمْرَهَا فَبَعَثَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ إِلَيْهَا أنيسًا، وهذان الجوابانِ عِنْدِي مُتَضَادَّانِ؛ لأنَّ كِلَا الْمَرْمِيَيْنِ غَائِبَانِ^(٤)، وَالرَّامِيَّ حَاضِرًا^(٥) النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ.

وَالسُّنَّةُ الَّتِي لَا تَعْلَمُ فِيهَا اخْتِلَافًا أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ لَمَّا أَتَاهُ مَا عِزُّ فَأَقَرَّ عِنْدَهُ بِالزَّنا بِأَمْرِ عَمِّهِ هَزَّالَ وَمَشُورَتِهِ فَقَالَ: «يَا هَزَّالُ، مَا حَمَلَكَ عَلَى هَذَا؟ أَلَا

(١) القول الأول قاله الشافعي في كتاب «أحكام القرآن» له (الفقرة: ١٥٢ ط آفاق المعرفة)، والثاني نقله المزي في «المختصر» (الفقرة: ٢٥٥٣) من كتاب «الإملاء على مسائل مالك» للشافعي، وهو في «الأم» (٥/ ١١٤). وحديث لعان العجلاني أخرجه البخاري (٥٣٠٨) ومسلم (١٤٩٢) من حديث سهل بن سعد الساعدي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ويلاحظ أن حديث العجلاني وامرأته اختلط لدى الشافعي بحديث هلال بن أمية وشريك، وقد بينت ذلك في تعليقي على «المختصر» للمزي (الفقرة: ٢٥٥٣).

(٢) أخرجه البخاري (٦٨٢٧ و ٦٨٢٨) ومسلم (١٦٩٧ و ١٦٩٨) من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.

(٣) انظر «أحكام القرآن» للشافعي (الفقرة: ١٥٣).

(٥) في الأصل: «غائبين».

(٤) رسم الأصل: «حاضري».

سَرَّتْهُ بِرَدَائِكَ»^(١). يريد: ألا تركت ما حملته عليه، لا أنه شاركه ولا أعانته عليه.

وَمِنْ سُنَّتِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ الْمَشْهُورَةُ أَنَّهُ لَمَّا أَمَرَ بِقَطْعِ سَارِقٍ رِداءٍ صَفْوانَ رُؤْيَى فِي وَجْهِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ الْكَرَاهَةُ، فَقِيلَ لَهُ فِي ذَلِكَ، فَقَالَ: فَكَيْفَ وَأَنْتُمْ أَغْوانُ الشَّيْطَانِ عَلَى أَخِيكُمْ. وَقَالَ صَفْوانَ حِينَ قَالَ لَهُ: هُوَ لَهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ. فَقَالَ: فَهَلَا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ^(٢).

(١) أخرجه النسائي (٧٢٤٠ الكبرى) من حديث نعيم بن هزال، وأصل الحديث عند أبي داود (٤٣٧٧)، وانظر «معركة السنن والآثار» للبيهقي (٣٠٥/١٢-٣٠٦)، وانظر ترجمة «هزال بن يزید» في «الإصابة» للحافظ. وانظر «التلخيص الحبير» للحافظ (٢٧٨١/٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤) والنسائي (٤٨٧٨) وابن ماجه (٢٥٩٥) من حديث صفوان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: كُنْتُ نَائِمًا فِي الْمَسْجِدِ عَلَى خَمِيصَةٍ لِي ثَمَنُ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا، فَجَاءَ رَجُلٌ فَاخْتَلَسَهَا مِنِّي، فَأَخَذَ الرَّجُلُ فَأَتَيْتُ بِهِ النَّبِيَّ ﷺ، فَأَمَرَ بِهِ لِيَقْطَعَ. قَالَ: فَأَتَيْتُهُ فَقُلْتُ: أَتَقْطَعُهُ مِنْ أَجْلِ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا، أَنَا أَبْيَعُهُ وَأَنْسَهُ ثَمَنُهَا؟ قَالَ: فَهَلَا كَانَ هَذَا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ. لَفْظُ أَبِي دَاوُدَ، وَلَيْسَ فِي الْحَدِيثِ قَوْلُهُ: «فَكَيْفَ وَأَنْتُمْ أَغْوانُ الشَّيَاطِينِ عَلَى أَخِيكُمْ». وَإِنَّمَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي «السنن الكبير» (رقم: ١٧٦٧٥) مِنْ حَدِيثِ يَحْيَى الْجَابِرِ، عَنْ أَبِي مَاجِدٍ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ بِابْنِ أَخٍ لَهُ وَهُوَ سَكْرَانٌ. يَعْنِي: إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ. فَذَكَرَ الْحَدِيثَ فِي كَيْفِيَةِ جُلْدِهِ. قَالَ: ثُمَّ قَالَ لِعَمِّهِ: بئس لعمر الله والى اليتيم أنت، ما أدبت فأحسنْتَ الأدبَ، ولا سترتَ الخربة. فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ، أَمَا وَاللَّهِ إِنَّهُ لَا بَنَ أَخِي وَمَالِي وَلَدٍ، وَإِنِّي لِأَجِدُ لَهُ مِنَ اللَّوْعَةِ مَا أَجِدُ لَوْلَدِي، وَلَكِنْ لَمْ آلَ عَنِ الْخَيْرِ. فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: إِنَّ اللَّهَ عَفْوٌ يَحِبُّ الْعَفْوَ، وَلَكِنْ لَا يَنْبَغِي لَوَالِي أَمْرٌ أَنْ يُؤْتَى بِحَدٍّ إِلَّا أَقَامَهُ. ثُمَّ أَنْشَأَ يَحْدُثُنَا عَنْ نَبِيِّ اللَّهِ ﷺ قَالَ: إِنْ أَوَّلَ رَجُلٍ قَطَعَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ، أَتَى بِهِ نَبِيُّ اللَّهِ ﷺ سَرَقًا، فَقَالَ: اذْهَبُوا بِصَاحِبِكُمْ فَاقْطَعُوهُ. وَكَأَنَّمَا أَسْفََّ وَجْهُ نَبِيِّ اللَّهِ ﷺ رَمَادًا، ثُمَّ أَشَارَ بِيَدِهِ يَخْفِيهِ، فَقَالَ بَعْضُ الْقَوْمِ: كَانَ هَذَا شَقٌّ عَلَيْكَ؟ فَقَالَ: لَا يَنْبَغِي أَنْ تَكُونُوا أَغْوانَ الشَّيْطَانِ - أَوْ: إِبْلِيسَ -، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لَوَالِي أَمْرٌ أَنْ يُؤْتَى بِحَدٍّ إِلَّا أَقَامَهُ، وَاللَّهُ عَفْوٌ يَحِبُّ الْعَفْوَ. ثُمَّ قَرَأَ: ﴿وَلْيَعْفُوا وَلْيَصْفَحُوا﴾ [النور: ٢٢]. قَالَ الذَّهَبِيُّ فِي «مختصره»: «يَحْيَى ضَعِيفٌ، وَأَبُو مَاجِدٍ لَا يَعْرِفُ».

فأمر رسول الله صلى الله عليه بأن لا يُزَفَّعَ إليه الإقرار / بما يُوجبُ الحَدَّ، ألا تراه يقول عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَنْ أَصَابَ مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَةِ شَيْئًا فَلَيْسَتْ تَرَبَّسَتْ بِسِتْرِ اللَّهِ، فَإِنَّهُ مَنْ يُنَادِنَا صَفْحَتَهُ نُقِمَ عَلَيْهِ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ»^(١). فأمر بالسَّتْرِ، وهو خلافُ الرِّفْعِ إليه. وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: ١٢]. والبَغْثَةُ فِي كَشْفِ الرَّجْلِ وَالْمَرْأَةِ هَلْ زَنَّا أَمْ لَا؟ التَّجَسُّسُ أَوْ أَكْثَرُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

فأولى الأمرين أن لا يَبْعَثَ الإمامُ إِلَى أَحَدٍ يَسْأَلُهُ هَلْ زَنَّا أَمْ لَا؟ لِمَا وَصَفْنَا مِنْ مَعْنَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ وَسُنَّةِ رَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ، وبالله التوفيق^(٢).



قال أبو إسحاق:

❖ ❖ ❖ الجواب ❖ ❖ ❖

إِنَّ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يَخْتَلِفْ فِي أَنَّ الْإِمَامَ لَا يَبْعَثُ إِلَى أَحَدٍ يَسْأَلُهُ هَلْ زَنَّا أَمْ لَا؟ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْهُيٌّ عَنْهُ بِقَوْلِهِ عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: ١٢]، وبأمرِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالسَّتْرِ، وهذا مما لَمْ يَخْتَلِفْ فِيهِ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي قَدِيمٍ وَلَا جَدِيدٍ.

ومعناه أن يُرْمَى رَجُلٌ بِالزَّانَا مِنْ حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ قَاذِفٌ بَعَيْنُهُ يَلْزَمُهُ الْحَدُّ إِنْ أَنْكَرَ الْمُقْذُوفُ وَطَالَ بِحَدِّهِ، فإذا لم يجب له حَقٌّ^(٣) فلا معنى للتوجيه إِلَّا مِنْ جِهَةِ إِقْرَارِهِ بِمَا رُمِيَ بِهِ لِيُقَامَ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وهذا هو التَّجَسُّسُ، والمأمورُ به فِي ذَلِكَ

(١) أخرجه مالك ومن طريقه الشافعي من حديث زيد بن أسلم مرسلا. وانظر «معركة السنن والآثار» للبيهقي (١٣/٦٤).

(٢) انظر المختصر للمزني (الفقرات: ٢٥٥٢-٢٥٥٤).

(٣) فِي الْأَصْلِ: «حَقًّا».

في المقدوفِ السَّتْرِ على نفسه وأن لا يكشفَ نفسه، والمأمورُ به لمن وَقَفَ عليه غير الإمامِ السَّتْرِ عليه، وإذا كان مأمورًا بالسَّتْرِ على أخيه فكيف يجوزُ أن يتَوَصَّلَ إلى كَشْفِهِ إذا لم يَقِفْ عليه حتى يُصَحِّحَهُ عليه؟ وذلك غيرُ جائزٍ.

* وأما ما حَكَاهُ مِنْ قولِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ لِعَمِّ مَاعِزٍ لَمَّا حَمَلَهُ عَلَى الاعْتِرَافِ والتَّعَرُّضِ لإِقَامَةِ الحَدِّ عَلَيْهِ = فَصَحِيحٌ؛ لِأَنَّ المَخْتَارَ كَانَ لِعَمِّهِ / أَنْ يَسْتُرَ عَلَيْهِ (١٥٠/ ب) وَيُشِيرَ عَلَيْهِ بِالسَّتْرِ عَلَى نَفْسِهِ، فَلَمَّا تَحَمَّلَ غَيْرَهُ وَبَّخَ عَلَى ذَلِكَ.

وكذلك أمرُ صفوانَ لَمَّا وَهَبَ رِداءَهُ فِي وَقْتٍ لَا يَسَعُ تَرْكُ إِقَامَةِ الحَدِّ وَلَا يَنْفَعُ السَّارِقُ ذَلِكَ عَرَّفَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ أَنَّ المَخْتَارَ كَانَ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ قَبْلَ ظُهُورِهِ وَوُقُوفِهِ عَلَيْهِ أَنْ يَسْتُرَ عَلَى أَخِيهِ، فَأَمَّا بَعْدَ انْتِهَاءِ الأَمْرِ إِلَيْهِ فَلَا يَسَعُ تَرْكُ إِقَامَةِ الحَدِّ.

أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ﴾ [النور: ٢]، وَإِلَى قولِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ: «لَوْ سَرَقَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ
عَلَيْهِمَا السَّلَامُ لَقَطَعْتُهَا»^(١). أَي: لَا سَبِيلَ إِلَى الصَّفْحِ وَلَا الْإِغْضَاءِ عَنْ حَدٍّ إِذَا وَجَبَ
عِنْدَهُ لِلَّهِ تَعَالَى.

وهذا أيضًا مما لَا يَخْتَلِفُ قَوْلُهُ أَنَّ العَامَّةَ إِذَا وَقَفُوا فَالاستِحْبَابُ لَهُمُ السَّتْرُ
عَلَى أَخِيهِمْ، والاستِحْبَابُ لِلْمُرْتَكِبِ السَّتْرَ عَلَى نَفْسِهِ وَالتَّوْبَةَ وَالرَّجُوعَ إِلَى اللهِ
عَزَّوَجَلَّ، فَإِنَّ الَّذِي يَغْفِرُ لَهُ بَهْتِكِ نَفْسِهِ قَادِرٌ أَنْ يَغْفِرَ لَهُ وَيَقْبَلَ تَوْبَتَهُ وَيُصَفِّحَ عَنْ ذَنْبِهِ
بَلَا هَتِكِ نَفْسِهِ.

وكذلك الإمامُ إِذَا بَلَغَهُ وَلَمْ يَصِحَّ عِنْدَهُ فَلَيْسَ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَكْشِفَ، بَلِ الْوَاجِبُ
الْإِضْرَابُ عَنْ ذَلِكَ، وإِظْهَارُ الكَرَاهَةِ أَنْ يُذْكَرَ ذَلِكَ بِخَضْرَتِهِ، وَالتَّعْرِيطُ بِذَلِكَ

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٣٤٧٥) وَمُسْلِمٌ (١٦٨٨) مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا.

حتى يَكْفَ مَنْ فِي نَفْسِهِ إِبْلَاغُهُ أَوْ كَشْفُهُ، فَإِذَا صَحَّ وَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَوْ ثَبَتَ الْإِقْرَارُ بِلَا اسْتِكْشَافِهِ لَزِمَهُ حِينَئِذٍ الْقِيَامُ بِهِ وَدَخَلَ فِي قَوْلِهِ: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ﴾، وَإِنَّمَا ذَكَرَ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ ذَلِكَ بَعْدَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ، وَخَاطَبَ بِذَلِكَ الْأُئِمَّةَ؛ لِأَنَّهُمُ الْقَوَّامُونَ بِهِ، وَعِنْدَهُمْ تَقَامُ / الْبَيِّنَاتُ وَيُثَبَّتُ الْإِقْرَارُ، فَأَمَّا مَنْ لَيْسَ إِلَيْهِ الْقِيَامُ بِذَلِكَ فَالْمَأْمُورُ بِهِ السَّتْرُ عَلَيْهِ. (١/١٥١)

* فَأَمَّا الْمَرْأَةُ الَّتِي وَجَّهَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَيْهَا وَقَالَ لَهُ: «إِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا» = فَتِلْكَ امْرَأَةٌ وَجَبَ لَهَا حَقُّ عَلَى قَاضِيهَا - وَهُوَ أَبُو الْغَلَامِ - لِأَنَّهُ قَذَفَهَا حَيْثُ أَخْبَرَ أَنَّ ابْنَهُ زَانَا بِهَا، فَوَجَبَ لَهَا حَقُّ عَلَى قَاضِيهَا، فَبَعَثَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَيْهَا فَعَرَّفَهَا ذَلِكَ، فَإِنْ أَنْكَرَتْ مَا رَمَاهَا بِهِ وَطَالَبَتْ بِحَقِّهَا أَخَذَهَا لَهَا، وَإِنْ اعْتَرَفَتْ بِمَا رُمِيََتْ بِهِ سَقَطَ الْحَدُّ عَنْهُ بِاعْتِرَافِهَا، وَلَزِمَهَا الْحَدُّ إِنْ أَقَامَتْ عَلَى إِقْرَارِهَا، وَإِنْ رَجَعَتْ فَلَا حَدَّ عَلَيْهَا وَلَا عَلَيْهِ، فَالتَّوْجِيهُ إِلَيْهَا سَبْبُهُ وَجُوبُ الْحَقِّ لَهَا، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَثْبُتْ لَهَا حَقٌّ لَمْ يَبْعَثْ إِلَيْهَا إِلَّا بَعْدَ أَنْ تَشْهَدَ عَلَيْهَا بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ بِالزَّانَا، فَيَلْزِمُهَا الْحَدُّ، وَيَبْعَثُ إِلَيْهَا حِينَئِذٍ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ لَا لِغَيْرِهِ، وَفِي الْحَالِينِ جَمِيعًا لَا يَبْعَثُ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَصِحَّ لَهَا أَوْ عَلَيْهَا، وَمَا لَمْ يَصِحَّ لَهَا وَلَا عَلَيْهَا لَمْ يُوجَّهْ لِلْكَشْفِ.

وقد يحتمل أن يكون النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّمَا بَعَثَ إِلَيْهَا لِأَنَّهَا قُذِفَتْ بِحَضْرَتِهِ، فَإِنَّهَا لَمْ تَعْلَمْ بِذَلِكَ، وَلَوْ كَانَ عَلِمَ أَنَّهَا قَدْ وَقَفَتْ عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ تُطَالِبْ لَمَا بَعَثَ إِلَيْهَا، لِأَنَّ الْمَقْصِدَ فِي ذَلِكَ إِعْلَامُهَا، فَإِذَا عَلِمَ أَنَّهَا قَدْ عَلِمَتْ فَلَا مَعْنَى لِلتَّوْجِيهِ، إِذْ لَوْ أَرَادَتِ الْمَطَالِبَةَ لَجَاءَتْ، لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ حَقٌّ لَا دَمِيٍّ، إِنْ شَاءَ طَلَبَ وَإِنْ شَاءَ عَفَا.

* / وَأَمَّا قِصَّةُ الْعَجْلَانِيَّ وَنَزُولِ الْآيَةِ فِي أَمْرِهِ، وَقَدْ قَذَفَهَا بِرَجُلٍ بَعَيْنِهِ سَمَاهُ^(١) (١/١٥١ ب)

بِحَضْرَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَلَا عَنَ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ، وَسَاقَ

(١) رَسْمُ الْأَصْلِ: «سَمَا».

الراوي قصتهما حتى نَقَلَ في ذلك ما لا يُحتاجُ إليه ولا تَعَلَّقُ الحُكْمُ به لأنَّ ذلك شيءٌ جَرَى، ولم يَنْقُلْ أَحَدٌ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ بَعَثَ إِلَى شَرِيكَ لَيْسَأَلَهُ عَمَّا رُمِيَ بِهِ، ولو كان له حَقٌّ بِقَذْفِهِ لَبَعَثَ إِلَيْهِ كَمَا بَعَثَ إِلَى الْمَرْأَةِ لَمَّا وَجَبَ لَهَا عَلَى قَافِئِهَا حَقٌّ، ولو وَجَّهَ إِلَيْهِ لَنُقِلَ ذَلِكَ كَمَا نُقِلَ سَائِرُ الْقِصَّةِ، فَلَمَّا لَمْ يُوجَّهْ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ لَا حَقٌّ لَهُ بَعْدَ وَقُوعِ اللَّعَانِ، غَابَ أَوْ حَضَرَ، أَرَادَ أَوْ لَمْ يُرِدْ.

فإن قيل: فكيف سَقَطَ حَدُّهُ وهو أَجْنَبِيٌّ، وَإِنَّمَا جَعَلَ اللهُ اللَّعَانَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْأَجْنَبِيَّاتِ لَأَنَّهَا فِرَاشُهُ، ويلحق به نَسَبٌ وَلَدِهَا، فهو مُضْطَرٌّ إِلَى قَذْفِهَا مِنْ أَجْلِ مَا أُدْخِلَتْ عَلَى فِرَاشِهِ، وَيُمْكِنُهُ إِزَالَةُ ذَلِكَ عَنْ نَفْسِهِ بِلَا تَسْمِيَّتِهِ، فَالْأَجْنَبِيُّ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَى ذِكْرِهِ، فَالْحَدُّ لَهُ عَلَيْهِ وَاجِبٌ لَا يُزِيلُهُ إِلَّا الشَّهَادَةُ كَسَائِرِ الْأَجْنَبِيِّينَ = فَالْجَوَابُ: إِنَّ ظَاهِرَ الْآيَةِ وَظَاهِرَ السُّنَنِ يَوْجِبَانِ سَقُوطَ الْحَدِّ عَنِ الزَّوْجِ إِذَا لَاعَنَ لهُمَا جَمِيعًا سَمَّاهُ أَوْ لَمْ يُسَمِّهِ؛ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ اللَّفْظَ فِي الْقَذْفِ، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّ الزَّنا لَا يَكُونُ بِهَا وَحْدَهَا، / وَلَا بُدَّ مِنْ زَانِي بِهَا، فَالْقَذْفُ قَدْ جَمَعَهُمَا، (١/١٥٢) إِذَا الزَّنا لَا يَكُونُ إِلَّا بِاثْنَيْنِ، فإِطْلَاقُ اللَّفْظِ بِإِسْقَاطِ الْحَدِّ فِي رَمْيِ امْرَأَتِهِ بِاللَّعَانِ يُوجِبُ سَقُوطَ ذَلِكَ سَمَى الْمَرْمِيِّ بِهِ أَوْ لَمْ يُسَمِّ، وَالْقِيَاسُ أَيْضًا يَوْجِبُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ إِنَّمَا خُصَّ بِاللَّعَانِ لضرورته، وهو إِدْخَالُ الْمَاءِ الْفَاسِدِ عَلَى فِرَاشِهِ، وَالزَّانِي هُوَ الْفَاعِلُ لِذَلِكَ، وَالْمَاءُ مَاؤُهُ، وَهُوَ الْمُدْخَلُ عَلَى فِرَاشِهِ مَا أَلْجَأَهُ إِلَى الْقَذْفِ، وَالْوَلَدُ مَنْسُوبٌ إِلَيْهِ، فَبِالزَّوْجِ ضَرُورَةُ إِلَى قَذْفِهِ أَكْبَرُ مِنْ ضَرُورَتِهِ إِلَى قَذْفِهَا، وَالْمَرْأَةُ فَإِنَّمَا أُدْخِلَتْ فِي اللَّعَانِ لِأَنَّهَا حَامِلَةٌ لِلْوَلَدِ، قَاصِدَةٌ إِلَى الْإِحَاقِ نَسَبٍ بِهِ لَيْسَ مِنْهُ، وَالَّذِي هُوَ أَصْلُ الْمَاءِ الْفَاسِدِ وَالْقَاصِدُ إِلَى الْإِحَاقِ وَلَدٌ لَيْسَ مِنْهُ بِفِعْلِهِ أَوْلَى بِاللَّعَانِ، لِأَنَّهُ الْفَاعِلُ لِذَلِكَ، فَضَرُورَتُهُ فِيهِمَا وَاحِدٌ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَبْعَثِ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ لَيْسَأَلَهُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ حَقٌّ لَبَعَثَ كَمَا بَعَثَ إِلَى الْمَرْأَةِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الزَّوْجَ لَمَّا كَانَ سَبِيلُهُ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ عَلَى الْمَرْمِيِّ فِي إِيْجَابِ الْحَدِّ عَلَيْهِ كَمَا يُقْبَلُ قَوْلُ الزَّوْجِ عَلَيْهَا مَنَعَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَتْلَهُ حَتَّى يَأْتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ اتَّفَقُوا عَلَى ذَلِكَ إِذَا كَانَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ غَيْرَ مَقْبُولٍ، فَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لِعَانُهُ غَيْرَ مَقْبُولٍ فِي إِزَالَةِ الْحَدِّ عَنْ نَفْسِهِ إِذَا رَمَاهُ لَمَنَعَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ رَمِيهِ لَمَّا يَلْزَمُهُ مِنْ رَمِيهِ، وَلِنَهَاهُ عَنْ ذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَرْبَعَةُ شُهَدَاءَ، فَلَمَّا لَمْ يَمْنَعْهُ / كَمَا لَمْ يَمْنَعْ الزَّوْجَ حِينَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ لَمَّا كَانَ لَهُ التَّخَلُّصُ مِنَ الْقَذْفِ بِلِعَانِهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ وَلَمْ يَنْهَاهُ عَنْ قَذْفِ الْمَرْمِيِّ بِهِ وَلَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلِمَ أَنَّ اللَّعَانَ يُزِيلُهُ كَمَا يُزِيلُ حَدَّهَا، وَلَوْ كَانَ لَهُ حَقٌّ لَا يُزُولُ بِلِعَانِ الزَّوْجِ لَبَعَثَ إِلَيْهِ كَمَا بَعَثَ إِلَى الْمَرْأَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* وَأَمَّا قَوْلُ الْمَزْنِيِّ: إِنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ فِي مَوْضِعٍ: سَأَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَرِيكًَا فَأَنْكَرَ فَلَمْ يَسْتَحْلِفْهُ وَلَمْ يَحْدِّهِ بِلِعَانِ الزَّوْجِ. وَقَوْلُهُ: إِنَّ ذَلِكَ مُخَالَفٌ لِمَا قَبْلَهُ، وَأَنَّ هَذَيْنِ قَوْلَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ = فَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُخَالَفٍ لِمَا قَبْلَهُ؛ لِأَنَّ الَّذِي قَالَ أَوَّلًا إِنَّهُ لَمْ يَبْعَثْ إِلَيْهِ، وَشَرِيكَ كَانَ يَحْضُرُ عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَمَا يَحْضُرُ سَائِرُ مَنْ يَصْحَبُهُ لَصُلُواتِهِ وَلِغَيْرِهَا، فَحَضَرَ، وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِهِ عَارِفًا، أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ: إِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى نَعْتٍ كَذَا وَكَذَا فَقَدْ صَدَقَ الزَّوْجُ. أَرَادَ شَبَهَ الْوَلَدِ لِشَرِيكَ^(١)، فَقَدْ عَلِمَ أَنَّهُ قَدْ رَأَاهُ وَعَرَفَهُ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ شَرِيكَ حَضَرَ^(٢) عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا بَلَغَهُ رَمِيُّ الْعَجْلَانِي لَهُ لِيُطَالِبَ بِحَقِّهِ، فَسَأَلَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَيْهِ فَأَنْكَرَ، فَلَمْ يَغْرِضْ لِلْعَجْلَانِيٍّ مِنْ أَجْلِهِ، وَلَا عَرَضَ لَهُ مِنْ أَجْلِ الْعَجْلَانِيٍّ، وَلَمْ يَزِيدْ عَلَى اللَّعَانِ لَمَّا حَضَرَ مُنْكَرًا لِمَا رُمِيَ بِهِ، وَلَمْ يَقُلِ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّ الْمَرْمِيَّ إِذَا حَضَرَ فَتَكَلَّمَ لَمْ يُسْمَعْ مِنْهُ وَلَمْ يُسْأَلْ عَنْ شَيْءٍ، وَإِنَّمَا قَالَ: لَا يُبْعَثُ

(١) فِي الْأَصْلِ: «شَرِيكَ»، ثُمَّ زِيدَ اللَّامُ فِي أَوَّلِهِ لِيَصِيرَ كَالْمُثَبَّتِ.

(٢) فِي الْأَصْلِ: «شَرِيكًَا حَضَرَ»، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقْرَأَ: «شَرِيكَ أَحْضَرَ».

إليه مُسْتَكْشِفًا / لأمره، والبِغْثَةُ إليه غيرُ حُضُورِهِ، ألا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
لَمَّا وَقَفَ عَلَى إنْكَارِهِ لِمَا رُمِيَ بِهِ كَفَّ عَنْهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ وَاسْتَعْمَلَ اللَّعَانَ.

وهذا ما لم يَخْتَلِفْ فِيهِ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ إِذَا قَذَفَهَا بِهِ وَسَمَّاهُ أَنَّ ذَلِكَ يَسْقُطُ
بِلَعَانِهِ إِذَا سَمَّاهُ فِيهِ، وَأَمَّا إِذَا لَاعَنَ وَلَمْ يُسَمِّهِ فِي لِعَانِهِ فَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِيهِ:

فأحد قوليه: أَنَّهُ يَسْقُطُ الْحَدُّ لَهُ بِلِعَانِهِ، سَمَّاهُ فِي لِعَانِهِ أَوْ لَمْ يُسَمِّهِ، وَهَذَا أَشْبَهُ
الْقَوْلَيْنِ بظَاهِرِ السُّنَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَا شَكَّ أَنَّ الْعَجْلَانِيَّ سَمَّاهُ فِي قَذْفِهِ، وَلَوْ سُمِّيَ فِي لِعَانِهِ
لُنُقِلَ كَمَا نُقِلَ سَائِرُ الْقِصَصِ، فَلَمَّا نُقِلَ اللَّعَانُ وَنُقِلَ عِظَةُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ لِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَتَوَقَّيْفُهُ لِهَما وَلَمْ يَجْرِ لِتَسْمِيَّتِهِ فِي اللَّعَانِ ذِكْرُ كَانَ الْأَشْبَهُ أَنَّ حَدَّهُ
يَسْقُطُ بِاللَّعَانِ سَمَّاهُ فِيهِ أَوْ لَمْ يُسَمِّهِ؛ لِأَنَّ دُخُولَهُ فِي ذَلِكَ إِنَّمَا دَخَلَ تَابِعًا لَهَا،
وَلَوْلَا زَوْجِيَّتُهَا لَمَّا سَقَطَ حَقُّهُ بِاللَّعَانِ، فَكَذَلِكَ يَسْقُطُ حَقُّهُ تَابِعًا لَهَا سَمَّاهُ أَوْ لَمْ
يُسَمِّهِ^(١)، وَهَذَا أَشْهُرُ الْقَوْلَيْنِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ حَقَّهُ لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ فِي اللَّعَانِ كَمَا لَا يَسْقُطُ حَقُّهَا إِلَّا
بِتَسْمِيَّتِهَا وَإِنْ لَمْ يُنْقَلْ ذَلِكَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّهُ سَمَّى أَوْ لَمْ يُسَمِّ فِي لِعَانِهِ.

فاحْتَمَلَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ ذَلِكَ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ حَقَّهُ وَجِبَ بِالتَّسْمِيَةِ، فَلَا
يَسْقُطُ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ؛ لِأَنَّ لِعَانَهُ أَنَّهَا زَانِيَةٌ لَا يُوجِبُ / أَنَّهُ زَانٍ، فَلِعَانُهُ لَيْسَ فِيهِ
تَكْذِيبٌ لَهُ، فَعَلِيهِ فِيهِ التَّسْمِيَةُ، وَإِنْ أَغْفَلَ ذَلِكَ فَعَلِيهِ إِعَادَةُ اللَّعَانِ مِنْ أَجْلِهِ،
وَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ تُطَالِبْ بِحَقِّهَا وَعَفَتْ أَوْ اعْتَرَفَتْ لِلَاعِنِ مِنْ أَجْلِهِ إِذَا طَالَبَ، فَإِنْ
امْتَنَعَ حَدًّا، وَيَحْصُلُ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ دُخُولُهُ فِي اللَّعَانِ تَابِعًا وَفِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ
يَقَعُ اللَّعَانُ مِنْ أَجْلِهِ، كَمَا أَنَّ اللَّعَانَ فِي نَفْيِ الْوَلَدِ رُبَّمَا وَقَعَ تَابِعًا لِلِعَانِهِ مِنْ أَجْلِ

(١) كَذَا فِي الْأَصْلِ، ثُمَّ حَوْلَ إِلَى: «لَمْ يَسْمَهُ».

امراته، فإذا سَقَطَ الحَدُّ مِنْ جهة القذف بعفوٍ أو غيره لا عَنْ مِنْ أَجلِ الولدِ منفردًا.

* وأما [ما^(١)] ذَكَرَهُ مِنْ أَنَّ الْمُخَصَّنِينَ وَالْمُخَصَّنَاتِ إِذَا وَجِبَ لَهُمُ الْحَدُّ لَمْ يَسْقُطَ ذَلِكَ بِأَن قَذَفَ مَعَهُ امْرَأَتَهُ = فَلَمْ يُسْقِطِ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللَّهِ الْحَدَّ فِي الْأَجْنَبِيِّ بِاللَّعَانِ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ ضَمَّ إِلَيْهِ امْرَأَتَهُ^(٢)، وَإِنَّمَا أَسْقَطَ بظَاهِرِ الْكِتَابِ وَظَاهِرِ السُّنَّةِ وَالْقِيَاسِ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ الْكِتَابِ أَنَّهُ جَعَلَ لِلرَّامِي امْرَأَتَهُ اللَّعَانَ، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّ الزَّنا لَا يَكُونُ بِهَا وَحْدَهَا، وَلَا يَحْصُلُ الزَّنا إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ، وَكَذَلِكَ ظَاهِرُ السُّنَّةِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ بَعْدَ أَنْ قَذَفَهُ الزَّوْجُ لَمْ يَبْعَثْ إِلَيْهِ لِيُطَالِبَ بِحَدِّهِ، لَا قَبْلَ اللَّعَانِ وَلَا بَعْدَهُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ حَقٌّ لَبَعَثَ إِلَيْهِ، وَالْقِيَاسُ مَا ذَكَرْنَاهُ أَنَّ ضَرُورَتَهُ إِلَى قَذْفِهِ كضَرُورَتِهِ إِلَى قَذْفِهَا.

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِنَّ أَصْلَ الشَّافِعِيِّ أَنَّ الْأَحْكَامَ بِفَاعِلِهَا؛ لِأَنَّ الْحُرَّ لو زَنَا بِأَمَةٍ لَكَانَ عَلَيْهِ الرَّجْمُ وَعَلَى الْأَمَةِ جُلْدٌ خَمْسِينَ = فَهَذَا صَحِيحٌ فِيمَا كَانَ مِنْ حَقُوقِ اللَّهِ، فَأَمَّا حَقُوقُ الْأَدَمِيِّينَ / فَمُخَالَفٌ لَذَلِكَ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْحُرَّ لو قَذَفَ أَمَةً لَمْ يُجْلَدْ ثَمَانِينَ (١/١٥٤) وَيُعْزَرُ، وَلَمْ يُعْتَبَرِ حَالُهُ دُونَ حَالِ الْمُقْدُوفِ، فَكُمِّلَ حَدُّهُ لِكَمَالِ الْمُقْدُوفِ وَنُقِصَ حَدُّهُ لِنَقْصِ الْمُقْدُوفِ، فَاعْتُبِرَ حَالُ الْمُقْدُوفِ فِي قَذْفِهِ، وَلَمْ يُعْتَبَرِ حَالُ مَنْ زَنَا بِهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لِلَّهِ عَزَّوَجَلَّ، فَاعْتُبِرَ حَالُ الْفَاعِلِ، وَذَاكَ حَقٌّ لِأَدَمِيِّ، فَاعْتُبِرَ حَالُ مَنْ وَجِبَ لَهُ الْحَدُّ، فَهَذَا أَصْلُ الشَّافِعِيِّ الَّذِي لَا يُخَالِفُهُ فِيهِ الْمَزْنِيُّ، فَكَيْفَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَضْرِبَ الْأَصُولَ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ؟

* وَكَذَلِكَ^(٣) قَوْلُهُ: لو قَذَفَ جَمَاعَةً بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ لَكَانَ لِكُلِّ مُقْدُوفٍ حَدٌّ = فَهُوَ كَمَا قَالَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لِأَدَمِيِّ، وَحَقُوقُ الْأَدَمِيِّينَ لَا يَدْخُلُ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ،

(١) زيادة مني.

(٢) رسم الأصل: «مرته».

(٣) رسم الأصل قريب من: «فكذلك».

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ زَنَا بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إِلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ حَقُّ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ، وَحَقُّ اللَّهِ يَدْخُلُ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ، وَإِذَا قَذَفَ أَرْبَعَةً بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ فَعَلَيْهِ أَرْبَعُ حُدُودٍ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لَأَدَمِيٍّ، وَحَقُّ الْآدَمِيِّينَ لَا يَدْخُلُ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ.

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِنَّ الْمَرْأَةَ لَوْ اعْتَرَفَتْ أَنَّ لِلْمَقْدُوفِ حُدَّه = فَلَيْسَ بِحُجَّةٍ؛ لِأَنَّهَا لَوْ اعْتَرَفَتْ لِلْأَعْنِ مِنْ أَجْلِ الْوَلَدِ، وَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ مِنْ دُخُولِ الْوَلَدِ تَابِعًا إِذَا لَاعَنَ مِنْ أَجْلِهَا، فَكَذَلِكَ الْمَقْدُوفُ يَدْخُلُ حَقُّهُ تَابِعًا، فَإِذَا اعْتَرَفَتْ لَاعَنَ مِنْ أَجْلِهِ.



قال المزني: يُقال لإخواننا القائلين بقول الشافعي رحمه الله: قد نفّيتُم ملك العبد، وفي نفّيتكم ملكه إيجابٌ لنفي ذمّته؛ لأنّه لو جاز أن / يكون له ذمّة جاز أن يقضي ذمّته، ولجاز إذا أتلّف الأموال بالبيّنة أن يكون عليه القيمة في الذمّة، كما يكون على الحرّ في ذلك الغرم في الذمّة، فلمّا فرّق المسلمون بينهما فأبّرأوا العبد من الغرم في الذمّة وألزموا السيّد أن يفدي أو يسلم ولم يُبرؤوا الحرّ من الغرم في الذمّة ثبت أن لا غرم على عبد، ولا له ذمّة، وأنّ على الحرّ الغرم في الذمّة، ومن حيث لم يجز عندكم أن يساوي العبد في ملك وملك لم يجز أن يساويه في غرم وغرم ولا في ذمّة وذمّة، ولو جاز أن يساويه في غرم وغرم وذمّة وذمّة ولا يساويه في ملك وملك جاز أن يساويه في ملك وملك ولا يساويه في غرم وغرم ولا في ذمّة وذمّة، وفي ذلك نقض قولكم، وإذا^(١) أبيتُم أن تساؤوا بينهما في ملك وملك لزمكم أن لا تساؤوا بينهما في غرم وغرم وذمّة وذمّة، فكيف سويتم بينه وبين الحرّ المفلس في الغرم والذمّة فقلتُم: لو أقرّ بجنائية في مال وكذّبه المولى أنّ ذلك عليه في ذمّته كالمفلس لا غرم عليه اليوم، فإذا عتق غرم القيمة، كما إذا أيسر المفلس غرم القيمة، فسويتم في ذلك بينه وبين الحرّ، ولا يخلو في إقراره من صدق أو كذب، فإن كان صدقاً فحكمه عند جماعة العلماء أن يُخیر مالِكُه بين أن يسلمه أو يفديه، والعبد منه بريء، وإن كان كذباً فهو إبراء له، فأبّي الوجهين / كان صدقاً أو كذباً فهو بريء من الغرم في الذمّة، فكيف تُغرّموه إذا عتق ما هو منه بريء وما غرّمه على غيره لا عليه، وهذا بقول من قال: «إنّ العبد يملك المال» أولى، فتفهّموه كذلك تجدوه إن شاء الله.

(١/١٥٥)

(١) في الأصل: «وإذا» ثم ضرب على الألف.

ثُمَّ قُلْتُمْ: إِنْ أَقَرَّ بِسَرْقَةٍ مِنْ حِرْزٍ تَقْبَلُوا^(١) قَوْلَهُ عَلَى السَّيِّدِ فَتَقَطَّعُوا يَدَ عَبْدِهِ
بِقَوْلِ عَبْدِهِ، وَلَا تَقْبَلُوا قَوْلَهُ فِي الْمَالِ الَّذِي أَقَرَّ بِسَرْقَتِهِ، فَقَبِلْتُمْ قَوْلَهُ عَلَى مَوْلَاهُ فِي
أَحَدِ مَالَيْهِ وَلَمْ تَقْبَلُوا فِي الْآخِرِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا وَقَعَ بِيَدِهِ وَالْآخَرُ غَيْرُ وَقَعَ بِيَدِهِ،
وَمَا الْفَرْقُ وَكِلَاهُمَا لِسَيِّدِهِ؟ وَلَمْ لَا سَوَّيْتُمْ بَيْنَهُمَا فِي أَنَّهُمَا مَالَانِ لِلْسَّيِّدِ وَإِنْ أَضَرَّ
أَحَدُهُمَا بِيَدِهِ وَلَمْ يَضُرَّ الْآخَرُ؟

وَقَدْ قَاسَ أَبُو حَنِيفَةَ قَوْلَهُ فَأَجَاذَهُمَا جَمِيعًا عَلَى سَيِّدِهِ فَقَطَّعَهُ وَجَعَلَ الْمَالَ
لِلْمُقَرَّرِ لَهُ بِهِ.

وَقَدْ أَنْكَرَ الشَّافِعِيُّ قَوْلَ مَنْ قَالَ: يَرِثُ فِي قَتْلِ الْخَطِيئِ مِنْ مَالِ الْمَقْتُولِ غَيْرَ دِيَّتِهِ
لَأَنَّهَا وَجِبَتْ عَلَيْهِ بِقَتْلِهِ، وَسَوَّيْتُمْ بَيْنَ الْمَالَيْنِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا بِجَنَايَةٍ دُونَ الْآخَرِ،
وَقُلْتُمْ: إِمَّا وَرِثَ كُلًّا وَإِمَّا لَمْ يَرِثْ.

فكَذَلِكَ يُقَالُ لَكُمْ: إِمَّا قَبِلْتُمْ مِنَ الْعَبْدِ كُلًّا وَإِمَّا لَمْ تَقْبَلُوا شَيْئًا، وَالْقِيَاسُ أَنََّّهُمَا
مَالَانِ عِنْدَ مَمْلُوكٍ فِي يَدِهِ مَالٌ مَمْلُوكٌ لِمَالِكِهِ، فَلَمَّا كَانَ الْمَمْلُوكُ لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ لَغَيْرِ
مَالِكِهِ لَمْ يُقْبَلْ كَذَلِكَ كُلُّمَا فِي يَدِهِ إِذَا أَقَرَّ بِهِ لَغَيْرِ مَالِكِهِ لَمْ يُقْبَلْ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ
سَرَقَ مَالًا فِي يَدِهِ فَإِنَّمَا أَقَرَّ عَلَى مَوْلَاهُ بِإِتْلَافِ مَالَيْنِ أَحَدُهُمَا يَدُهُ وَالْآخَرُ مَالٌ فِي
يَدِهِ وَالْإِقْرَارُ بِالْإِقْرَارِ / عَلَى سَيِّدِهِ شَبِيهٌ، فَإِذَا لَمْ يَجْزِ فِي بَعْضٍ لَمْ يَجْزِ فِي بَعْضٍ؛ (١٥٥/ ب)
لَأَنَّ بَعْضَهُ بِبَعْضٍ شَبِيهٌ، فَتَفَهَّمُوهُ كَذَلِكَ تَجِدُوهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

وَمِنْ قَوْلِكُمْ أَنْكُمْ لَا تَنْظُرُونَ فِي الْحَكَمِ إِلَى الظَّنِّ وَلَا إِلَى مَا يُشَبِّهِ فِي الْوَهْمِ،
حَتَّى خَالَفْتُمْ قَوْلَ الْمَدَنِيِّ وَقَوْلَ الْكُوفِيِّ فِي تَدَاْعِي الزَّوْجَيْنِ مَتَاعَ الْبَيْتِ فَجَعَلَا
لِلرَّجُلِ مَا يُشَبِّهُ الرِّجَالَ وَلِلْمَرْأَةِ مَا يُشَبِّهُ النِّسَاءَ فَقُلْتُمْ: هُمَا فِيهِ سَوَاءٌ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى
مَا يُشَبِّهُ الرِّجَالَ وَلَا النِّسَاءَ^(٢).

(٢) انظر «المختصر» للزمزني (الفقرة: ٣٨٧٤).

(١) رسم الأصل يشبه: «فقبلوا».

فَلِمَ لَا قُلْتُمْ كَذَلِكَ: إِقْرَارُ الْعَبْدِ فِي بَدَنِهِ وَلَا يُتَّهَمُ وَمَا يُتَّهَمُ مِمَّا لَا يَضُرُّ بَدَنَهُ
وَاحِدًا، وَفِي تَسْوِيَّتِكُمْ بَيْنَ مَا يُشَبِّهُ وَلَا يُشَبِّهُ فِي تَدَايِي الزَّوْجِينَ مَتَاعَ الْبَيْتِ الْإِزَامُ
لَكُمْ فِي تَسْوِيَةِ إِبْطَالِ قَوْلِ الْعَبْدِ فِي إِتْلَافِ الْمَالَيْنِ فِيمَا ضَرَّ بَدَنَهُ وَلَمْ يَضُرَّ. وَهُوَ
قَوْلُ زُقَرٍّ وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ.

قال المزمي: وأقول أنا: إن أعتق العبد مكانه وأقام على الإقرار بالسرقه قطع؛
لأن إقراره حينئذ على نفسه، لا على غيره، وإن رجع لم يقطع؛ لأن الحد إذا
وجب بالإقرار بطل بالرجوع، وأما المال فلا معنى لإقامته على الإقرار به؛ لأنه
لغيره قبل أن يعتق وبعدما عتق، فلا يجوز إقراره فيما لا يملك، وهذا نظير ما قلت
في العبد إنه لا يقطع بإقراره على ملك غيره، فإذا ملك نفسه قطع.

نظير ذلك: رجل أقر على رجل أنه أعتق عبدا له، فلا يجوز إقراره، فإن مات
المقر عليه وورثه المقر عتق عليه بإقراره المتقدم.

وكذلك لو شهد على رجل / أنه باع عبده هذا من رجل وقبض الثمن فلم
تجز شهادته ثم اشتراه الشاهد لكان للمشهود عليه أخذه منه؛ لأن شهادته صارت
إقرارا عليه لَمَّا مَلَكَ الْعَبْدَ، فَيَلْزَمُهُ مَا أَقَرَّ بِهِ. (١/١٥٦)

كذلك قلنا: كان إقرار العبد على سيده في قطع يده، فلم يجز إقراره على سيده،
فَلَمَّا مَلَكَ نَفْسَهُ جاز إقراره على نفسه، والقياس في هذا عندي واحد معتدل، وبالله
التوفيق^(١).



(١) انظر «المختصر» للمزمي (إقرار العبد بالحقوق المالية والبدنية = الفقرة: ١٤٨٨، وإقرار العبد
بالسرقه = الفقرتين: ١١٥١ و ٣٢٦٢).

قال أبو إسحاق:

الجواب

إِنَّ أبا إبراهيم رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يُنْصِفِ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَلَا أَصْحَابَهُ، وَلَا أَتَى بِعِلَلِهِمْ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ الَّتِي بَنَى بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَوْ أَتَى بِعِلَلِهِمْ أَجْرَى الْجَوَابِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ عَلَى السَّدَادِ وَلَمْ يُنَاقِضْ، وَلَكِنَّهُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَضَعَ قَوَاعِدًا نَسَبَهَا إِلَى الشَّافِعِيَّ وَإِلَى أَصْحَابِهِ لَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ وَلَا تَخْرُجُ عَلَى أَصُولِهِ؛ لِأَنَّ أَصْحَابَنَا وَإِنْ نَفَّوْا مِلَّكَ الْعَبْدِ فَإِنَّمَا نَفَّوْهُ فِي الْمَالِ، وَلَمْ يَمْتَنِعُوا فِي أَنْ يُسَاوِيَ الْعَبْدُ الْحُرَّ فِي مِلْكِ أَشْيَاءٍ مِنْ نَفْسِهِ وَمِنْ غَيْرِهِ وَيَكُونَ مُسَاوِيًا لِلْحُرِّ فِيهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ عُقْدَةَ النِّكَاحِ، وَيَمْلِكُ أَحْكَامَهُ، مِثْلَ الْإِيلَاءِ وَالظَّهَارِ وَاللَّعَانِ وَالطَّلَاقِ، وَلَا اعْتِرَاضَ لِلسَّيِّدِ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، بَلْ هُوَ وَالْحُرُّ فِي ذَلِكَ وَاحِدٌ.

وكذلك سَوَّى اللهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَحْرَارِ / فِي فَرَائِضِ الزَّمَمِ، فَلَزِمَهُ (ب / ١٥٦) مِنَ الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ مَا لَزِمَ الْحُرَّ، فَكَانَ قَوْلُهُ فِيمَا يُؤَدِّي بِهِ الْفَرَضَ وَفِيمَا يَسْقُطُ عَنْهُ بِهِ الْفَرَضُ كَالْحُرِّ، لَا اعْتِرَاضَ لِلسَّيِّدِ عَلَيْهِ.

فَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ: فَسَدَ عَلَيَّ صِيَامُ يَوْمٍ مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ بِأَكْلِ أَوْ بَغِيرِهِ، وَخَالَفَهُ السَّيِّدُ فِي ذَلِكَ = لَقَبِلَ قَوْلُ الْعَبْدِ، وَإِنْ أَضُرَّ اشْتَغَالُهُ بِالصِّيَامِ بِخِدْمَةِ السَّيِّدِ.

وكذلك لو اختلفا في صلاة لزمته، فقال السيد: قد أدَّيتَ، وقال العبد: لم أؤدِّي، أو قال العبد: دَخَلَ عَلَيَّ فِي صَلَاتِي مَا أَفْسَدَهُ مِنْ حَدَثٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَأَنْكَرَ ذَلِكَ السَّيِّدُ = لَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ.

وكذلك جعل الله تعالى على الأحرار والعبيد والحرائر والإماء حُدُودًا فِي مَعَاصِي وَكِبَائِرَ جَعَلَ الْحُدُودَ رَدْعًا لَهُمْ وَلِغَيْرِهِمْ، وَتَطْهِيرًا لِمَنْ لَحِقَتْهُ النَّدَامَةُ

وقَصَدَ إلى التوبة، فكان حاجةُ العبدِ إلى تطهيرِ نفسه من الذنوبِ بإقامةِ الحدودِ
كحاجةِ الحرِّ إليه، وكان قوله فيما يَرْتَكِبُ من ذلك مقبولا لا يُلْتَفَتُ إلى ما يَلْحَقُ
السيدَ في ذلك من ضررٍ أو تَلَفٍ لماله؛ لأنَّ حقَّه على نفسه أوجبٌ.

فما كان من ذلك يُمكنُ أن يَتَحَمَّلَ السيدُ مثلَ زكاةِ فطيرٍ أو نفقةِ امرأةٍ أُلْزِمناه
ذلك تَحَمُّلاً عن العبدِ، ألا تَرى إلى قوله صلى الله عليه في زكاةِ الفطيرِ: «على كُلِّ
حُرٍّ وعبدٍ»^(١)، فألْزَمَ العبدَ ما أُلْزِمَ الحرَّ، ثُمَّ جَعَلَ على السيدِ تَحَمُّلاً ذلك عنه،
وإنما جُعِلَ زكاةُ الفطيرِ تكفيراً لتقصيرِ إن كان منهم في / صيامهم، وللتَّوَسُّعَةِ على
إخوانهم في عيدهم لِيَتَسَاوَى الجميعُ في كَمالِ السُّرُورِ، وكان حاجةُ العبدِ إلى
تطهيرِ نفسه من تقصيرِ إن كان منه في صيامه كحاجةِ الحرَّ، وكان ذلك في مالٍ،
فألْزِمَ السيدُ كما أُلْزِمَ عن امرأته وعن ولده الصغيرِ وعن والدِهِ مُواساةً لهم، لا أَنَّهُ
لا ذِمَّةَ لهم.

وكذلك^(٢) العبدُ تَلْزِمُهُ حقوقُ^(٣) كما تَلْزِمُ الحرَّ، فما كان من ذلك على بَدَنِهِ لم
يَتَهَيَّأ تَحَمُّلاً السيدَ عنه، وما كان من ذلك في مالٍ تَحَمَّلَ السيدُ، إمَّا في رقبته، وإمَّا
في سائرِ ماله حتى تَبَقَّى له رقبته، ألا ترى أَنَّ الحرَّ قد يَجْنِي خطأً فَتَتَحَمَّلُ عاقلته
أرْشَ جنايته مُواساةً له ولأنَّ لا يُهْدَرُ الدَّمُ، لا أَنَّ الحرَّ لا ذِمَّةَ له، ولو كان ذلك
جنايةً تُوجِبُ قَوْدًا لَمَا تَحَمَّلَ عنه أَحَدٌ ولأَدَّى ذلك عن نفسه.

وإذا كان معنى قولِ أصحابنا: «إِنَّ العبدَ لا يَمْلِكُ المالَ» = فإنَّما قالوا ذلك
بدليلِ الكتابِ والسنةِ، وليس كُلُّ مَنْ لم يَمْلِكِ المالَ في الوقتِ لم يَمْلِكِ في ثاني،

(١) أخرجه البخاري (١٥٠٣) ومسلم (٩٨٤) من حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) يحتمل في الأصل: «فكذلك».

(٣) في الأصل: «حقوقاً».

ولا كُلُّ مَنْ سَقَطَ عنه الأداءُ في الوقتِ سَقَطَ عنه في ثاني، ولا كُلُّ مَنْ أَبْطَلَ ذِمَّتَهُ في الحالِ أَبْطَلَ ذِمَّتَهُ في ثاني، بل ذلك إخبارٌ عن الوقتِ وعن الحالِ، ومعنى قولهم: «إِنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ مَالًا» إخبارٌ عن حالِ العبودية، وقد تَطَرَّأَ حالُ الحريةِ فَيَمْلِكُ المَالُ، كما أَنَّ الْمُعْسِرَ وَالْمُفْلِسَ اللَّذَيْنِ لَا يَمْلِكَانِ مَالًا جاز أن يَمْلِكَا في ثاني، فليس في إخبارنا أَنَّ المَالَ عنهم ساقطٌ في الوقتِ إخبارٌ بأنَّ ذلك / يَسْقُطُ عنهم (١٥٧/ ب) إذا أَيْسَرُوا؛ لأنَّ قولنا: «إِنَّ ذَلِكَ عَنْهُمْ ساقطٌ في الوقتِ لإِعْسَارِهِمْ» ليس بإسقاطٍ لِلزُّومِ، لأنَّه يجوزُ أن يُلْزَمَ ما لا يمكنُه أدائُه في الوقتِ، فيكونُ اللَّزُّومُ مُتَقَدِّمًا والأداءُ مُتَأَخِّرًا على حسبِ الإمكانِ، وإذا جاز ذلك في الحُرِّ جاز ذلك في العبدِ بأن يقالَ: قد لَزِمَهُ المَالُ ولا يُمكنُه الأداءُ لإِعْسَارِهِ، فيكونُ اللَّزُّومُ قد تَقَدَّمَ والأداءُ إذا أمكنَ بوقوعِ الحريةِ وإمكانِ الأداءِ؛ لأنَّ الأصلَ أَنَّ كُلَّ جاني فِجْنايَتِهِ تَلْزُمُهُ إذا كان الجاني ممن يَجْري عليه الحكمُ ولا يكونُ هَذَرًا، فالحرُّ والعبدُ في ذلك واحدٌ.

[ولولا^(١)] أَنَّ الْعَبْدَ وَالْحُرَّ في ذلك واحدٌ^(٢) لَمَّا حُكِمَ على العبدِ بالقصاصِ إذا قَامَت عليه البَيِّنَةُ بما يُوجِبُ القصاصَ، ولا أُقِيمَ عليه الحدُّ في الزنا إذا قامت عليه بَيِّنَةٌ، وقد قال الله عَزَّوَجَلَّ في الإِماءِ: ﴿فَإِذَا أَحْصَيْنَ فَإِنْ أَتَيْكَ بِفَحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، وقال النبي صلى الله عليه: «إذا زَنَتِ أُمَّةٌ أَحَدَكُمْ فَلْيَجْلِدْهَا»^(٣).

وإذا كان جنايةُ العبدِ تَلْزُمُهُ في بَدَنِهِ وارتكابه الفاحشةِ يُلْزِمُهُ الحدُّ على بَدَنِهِ عُلِمَ أَنَّ الحُرَّ والعبدَ في لُزُّومِ الجنايةِ واحدٌ، فإن كان ذلك عمدًا فيه قصاصٌ أُخِذَ منه

(١) في الأصل: «ولو».

(٢) في الأصل: «واحدًا»، ثم ضرب على الألف.

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٣٤) ومسلم (١٧٠٣) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

كما يُؤخذ من الحر؛ لأن قيامنا بتطهيره مما ارتكبه أوجب من حق السيد، وإن كان ذلك عمدا لا قصاص فيه أو خطأ لزم ذلك رقبته وإن أضر ذلك بسيدّه لأنّ حقّه على نفسه أوجب من حق السيد عليه.

(١/١٥٨) / وإذا جاز ذلك في الجنابة والحد إذا قامت به يئنه لا تنازع فيه فقد علمنا أن العبد قد يساوي الأحرار في أحكام له وفي أحكام عليه إذا قامت بذلك يئنه. وإذا جاز مساواتهما عند قيام اليئنه جاز أيضا مساواتهما في الإقرار إذا أقر بذلك. فيكون العبد إقراره فيما يثبت عليه باليئنه إذا لم تلحقه تهمّة على سيده مقبولا^(١). وما كان من ذلك تلحقه التهمّة على سيده مقبولا^(٢) على نفسه غير مقبول على سيده، كما أن الحرّ رُبما كان إقراره وقيام اليئنه واحدا ورُبما اختلفا من أجل نفسه تارة ومن أجل غيره أخرى.

ألا ترى أنّه لو أقر بجنابة عمد لقبل منه في القصاص والدية، ولو أقر بجنابة خطأ لم يقبل قوله على عاقلته؛ لأنّه متهم عليها، ولم يوجب ذلك سقوط الجنابة عنه، فصار ذلك في ماله؛ لأنّ العاقلة ليست بجنابة، وإنما تحمّل عنه مواصلته للقراية بينهما، فإن صحّ ذلك بالوجه الذي يلزم الجنابة ويوجب التحمّل ثبنا جميعا، وإن صحّ ذلك بالوجه الذي يلزم ولا يوجب التحمّل ثبت الجنابة ولم تتحمّل العاقلة، وصار ذلك في ماله، يؤخذ عاجلا إن كان مؤسرا، وإن كان مفلسا لا ذمّة له أو مؤسرا أو محجورا عليه أخر ذلك عنه حتى يؤمّر.

ومثل ذلك الحرّ يقر بجنابة فيلزم ماله، ولو كان محجورا عليه بسفه فأقر بجنابة توجب قودا للزمه ذلك إن طلبوا القصاص، ولزم ماله إن عفووا عن القصاص؛

(١) في الأصل: «مقبول».

(٢) في الأصل: «مقبول».

لأنه جناية لا تلحقه التهمة فيها فيما / حَجَرُوا عليه، وإن أقر بجناية خطي أو عمدا (١٥٨/ب) لا قصاص فيها لم يُقبل قوله؛ لوقوع التهمة أنه قصد إلى إتلاف ماله، فإذا فك عنه الحجر وصار رشيدا أخذ بإقراره الأول وألزم المال.

وإذا جاز ذلك في الحر - وقد ثبت أن لا فرق بين الحر وبين العبد في الجناية إذا قامت عليهما بيّنة أن ذلك عمدا كان أو خطأ في مال السيد لأن رقبته له - لم يُنكر أيضا أن يقال: إذا أقر العبد بجناية عمدا فيها القصاص فالإقرار والشهادة في ذلك واحد؛ لأن التهمة لا تلحقه في ذلك على السيد، كما لم تلحق التهمة في المحجور عليه في القصد إلى تلف ماله إذا كان ذلك مما يوجب قصاصا، فيكون إقرار العبد في جميع ما يوجب حقا على بدنه من قصاص أو قطع أو جلد مقبولا؛ لأن التهمة في ذلك زائلة، فالبيّنة والإقرار في ذلك واحد.

وأما إذا أقر بعمد لا قصاص فيه أو بجناية خطي لم يُقبل قوله على سيده، ولحقته التهمة في أنه قصد إلى الإضرار به، والجناية قد حصلت، والجناية إذا حصلت ممن يجري عليه الحكم لم تبطل إلا بأداء، إما عاجلا وإما آجلا، فإذا فات العاجل - وهو مال السيد - فهو كما يفوت العاجل في الحر إذا لم يُقبل قوله على عاقلته وهو مُعَدَّم، أو لم يُقبل قوله في ماله لسفاهه، فلا يبطل بذلك أصل الجناية ولا يصير هذرا، ولكن يؤخر الأداء حتى يزول العارض ويمكن الأداء، فيلزم حينئذ أداء ما لزمه، فالعبد إذا أدى السيد فإنما يؤدّي تحملا، لا أن / السيد (١٥٩/أ) جاني، فإذا لم يُقبل قوله على السيد وقد حصلت منه الجناية بقيت عليه إلى أن يمكنه الأداء فيؤدّي.

هذا وجه قول الشافعي رحمه الله وقول أصحابه في هذه المسألة، ولو أجرى المزني الأمر في ذلك على ما ذكرنا لاستقام له الجواب ولم يتناقض.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ لَوْ اشْتَرَى سَلْعَةً بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ عَلَى مَعْرِفَةٍ مِنَ الْبَائِعِ أَنَّهُ عَبْدٌ وَأَنَّهُ يَشْتَرِي ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ لَمَا جَازَ أَنْ يُقَالَ أَنَّ حَقَّهُ سَاقِطٌ، وَلَا أَنَّ ذَلِكَ فِي رَقَبَتِهِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلُهُ عَلَى ذَلِكَ فِي الذِّمَّةِ، فَإِنْ وَجِدَ لَهُ ذِمَّةٌ عَاجِلَةٌ وَوَفَاءٌ أُخِذَ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ أُخِّرَ حَتَّى يَتَهَيَّأَ لَهُ الْأَدَاءُ، فَإِذَا عَتَقَ اتَّبَعَهُ بِحَقِّهِ، فَكَذَلِكَ الْجَنَايَةُ إِذَا لَمْ يَتَهَيَّأَ أَدَاؤُهَا عَاجِلًا أُخِّرَ ذَلِكَ حَتَّى يُمَكِّنَهُ الْأَدَاءُ فَيُؤَدِّيَ حِينَئِذٍ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ بُبُوتُ الْحَقِّ فِي ذِمَّتِهِ فِي إِقْرَارِهِ لَجَازَ ذَلِكَ عِنْدَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ كَمَا جَازَ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ وَالشُّرَى، سَوَاءٌ قَامَتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ أَوْ أَقْرَبُ بِهِ = قِيلَ: إِنَّمَا اسْتَوَى فِي الْبَيْعِ وَالشُّرَى الْبَيِّنَةُ وَالْإِقْرَارُ لِأَنَّ صَاحِبَهُ دَخَلَ عَلَى أَنْ يَكُونَ حَقُّهُ مُؤَجَّلًا، لِأَنَّهُ عَامِلُهُ عَلَى ذِمَّتِهِ مَعَ عِلْمِهِ بِأَنَّ ذِمَّتَهُ مُؤَجَّلَةٌ، كَمَا إِذَا عَامَلَ مُفْلِسًا، فَأَمَّا الْجَنَايَةُ فَلَيْسَتْ بِمَعَامَلَةٍ، فَلَا تُؤَجَّلُ إِلَّا أَنْ لَا يُوجَدَ سَبِيلًا إِلَى التَّعْجِيلِ، فَتُؤَخَّرُ حِينَئِذٍ، وَإِذَا أُمِكنَ الْأَدَاءُ فِي رَقَبَتِهِ فَذَلِكَ يُغْنِي عَنِ التَّأْخِيرِ.

(١٥٩/ ب) أَلَا تَرَى أَنَّ الْحُرَّ يَسْتَوِي حُكْمُهُ فِي بَيْعِهِ وَشِرَائِهِ إِذَا / قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ أَوْ أَقْرَبُ فِي أَنَّ ذَلِكَ فِي ذِمَّتِهِ، لَا يُتَخَطَّى بِهِ إِلَى غَيْرِهِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلُ ذَلِكَ جَنَايَةً لَفُرَّقَ بَيْنَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ وَبَيْنَ إِقْرَارِهِ فَجُعِلَ عِنْدَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ وَفِي إِقْرَارِهِ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّ الْجَنَايَةَ مُخَالَفَةٌ لِلْمَعَامَلَةِ، فَبِالْفَرْقِ الَّذِي يُفَرِّقُ فِي الْحَرِيَةِ يُفَرَّقُ فِي الْعَبْدِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْجَنَايَةِ وَبَيْنَ الْبَيْعِ وَالشُّرَى فِي ذَلِكَ فِي الْحُرِّ وَالْعَبْدِ جَمِيعًا؟ = قِيلَ: يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الْعِلَةُ فِي تَحْمُلِ الْعَقْلِ عَنِ الْقَاتِلِ قَصْدًا^(١) إِلَى مُوَاسَاتِهِ، وَلِأَنَّ لَا تُهْدَرُ الْجَنَايَةُ، لِأَنَّ الْأَغْلَبَ أَنَّ الدِّيَةَ لَوْ حَمَلَ الْقَاتِلُ لِأَدَى ذَلِكَ فِي الْأَغْلَبِ إِلَى التَّلَفِ، لِأَنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ يَعْجِزُوا عَنْ ذَلِكَ، فَإِذَا صَارَ ذَلِكَ عَلَى

(١) فِي الْأَصْلِ: «قَصْد».

تَقْبِيلَةِ الْكَثِيرَةِ الْعَدَدِ أَدَّى ذَلِكَ فِي الْأَغْلَبِ إِلَى سَلَامَةِ الدِّيَةِ وَإِلَى أَنْ لَا تُهَذَّرَ، فَكَذَلِكَ الْعَبْدُ لَوْ أُخِّرَ ذَلِكَ لِأَدَّى ذَلِكَ فِي الْأَغْلَبِ إِلَى هَذَرِهَا، فَيَحْمِلُ ذَلِكَ السَّيِّدُ لِأَنْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى هَذَرِهَا، وَأَمَّا الْبَيْعُ وَالشُّرَى فَإِنَّ صَاحِبَهُ دَخَلَ مَعَهُ عَلَى الرِّضَا بِذِمَّتِهِ مَعَ عِلْمِهِ بِتَأْخِيرِهِ، فَإِنْ أَدَّى ذَلِكَ إِلَى هَذَرٍ حَقَّهُ فَإِنَّمَا أُتِيَ مِنْ قِبَلِ نَفْسِهِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْجَانِي، لِأَنَّهُ لَا اخْتِيَارَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ فِيمَا جَرَى مِنَ الْجَنَائِيَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَقَدْ يُعَامِلُهُ وَهُوَ غَيْرُ عَالِمٍ بِعَبودِيَّتِهِ أَوْ بِإِفْلَاسِهِ، فَلَا يَنْفَعُهُ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُخْتَارٍ لِمَا وَقَعَ فِيهِ = قِيلَ لَهُ: هَذَا أَيْضًا إِنَّمَا أُتِيَ مِنْ قِبَلِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ سَبِيلَ مَنْ أَرَادَ مُعَامَلَةَ غَيْرِهِ وَيُحْصَلَ مَالَهُ فِي ذِمَّتِهِ أَنْ / يَسْأَلَ عَنْهُ وَيَسْتَكْشِفَ حَالَهُ فَإِذَا عَرَفَهُ مَلِيًّا عَامِلًا، فَإِذَا قَصَّرَ فِي ذَلِكَ فَإِنَّمَا أُتِيَ مِنْ قِبَلِ نَفْسِهِ، فَلِذَلِكَ صَارَ حَقُّهُ مُؤَخَّرًا، قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ أَوْ لَمْ تَقُمْ.

وَإِذَا صَحَّ مَا ذَكَرْنَا صَحَّ أَنَّ التَّحْمُلَ عَنِ الْعَبْدِ وَالْحُرِّ بَعْدَ أَنْ لَزِمَتْهُمَا الْجَنَائِيَةُ، فَإِنْ صَحَّ التَّحْمُلُ، وَإِلَّا كَانَ عَلَى الْجَانِي، فَإِنْ أُمِكنَ الْأَخْذُ مِنْهُ عَاجِلًا لَا يَضُرُّ بغيره أَخْذًا، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فِي الْحَالِ أُخِّرَ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يُمَكِّنَ فَيُؤْخَذَ مِنْهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* وَمتى سُلِكَ بِالمَسْأَلَةِ الطَّرِيقُ الَّذِي ذَكَرْنَا بَطَلَ مَا أَتَى بِهِ الْمَزْنِيُّ مِنْ قَوْلِهِ: «لَا يَخْلُو مِنْ صَدَقٍ»^(١) أَوْ كَذِبٍ، فَإِنْ كَانَ صِدْقًا فَعَلَى سَيِّدِهِ، وَالْعَبْدُ مِنْهُ بَرِيءٌ، وَإِنْ كَانَ كَذِبًا فَهُوَ إِبرَاءٌ لَهُ. إِلَى قَوْلِهِ: «فَكَيْفَ تُغَرِّمُوهُ إِذَا عَتَقَ مَا هُوَ مِنْهُ بَرِيءٌ وَمَا غَرَّمَهُ عَلَى غَيْرِهِ لَا»^(٢) عَلَيْهِ؟» بَأَن يُقَالَ لَهُ: إِنَّ جَنَائِيَّتَهُ لَازِمَةٌ لَهُ لَا بُدَّ مِنْ أَدَائِهَا، فَرُبَّمَا لَحِقَتْهُ الرِّفَاهَةُ بِالتَّحْمُلِ عَنْهُ وَرُبَّمَا لَمْ تَلْحَقْهُ، فَإِنْ صَحَّ ذَلِكَ بِالْوَجْهِ الَّذِي

(١) فِي الْأَصْلِ: «صَدَاقٌ».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «وَلَا»، وَهُوَ تَصْحِيفٌ، وَقَدْ سَبَقَ نَصُّ كَلَامِ الْمَزْنِيِّ عَلَى الصَّوَابِ.

يُوجِبُ التَّحْمُلُ صَحًّا جَمِيعًا وَسَقَطَ عَنْهُ، وَإِنْ وَجَبَ ذَلِكَ بِالْوَجْهِ الَّذِي لَا يُوجِبُ
التَّحْمُلَ حُمِلَتْ فِي ذِمَّتِهِ يُؤَدِّي ذَلِكَ إِذَا قَدَرَ.

ويقال له: أَرَأَيْتَ مَنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ مِنْهُ مَا لَا يُوجِبُ الْقَطْعَ وَأَقَامَ
عَلَى ذَلِكَ شَاهِدًا وَامْرَأَتَيْنِ يَخْلُو ذَلِكَ مِنْ صَدَقٍ أَوْ كَذِبٍ؟ فَإِنْ كَانَا صَادِقَيْنِ
فَاخْكُمُوا بِالْمَالِ وَالْقَطْعِ، وَإِنْ كَانَا كَاذِبَيْنِ فَلَا يُحْكَمُ بِالْقَطْعِ وَلَا بِالْمَالِ، وَإِنْ جَازَ
(ب/ ١٦٠) أَنْ يُحْكَمَ فِي أَحَدِ الْحَالَيْنِ بِالْمَالِ / وَالْقَطْعِ - وَهُوَ إِذَا ثَبَتَ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ -
وَيُحْكَمَ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ = جَازَ أَيْضًا أَنْ
يُحْكَمَ فِي جَنَايَةِ الْعَبْدِ إِذَا صَحَّ ذَلِكَ بَبَيِّنَةٍ عَادِلَةٍ أَنَّهَا وَجِبَتْ عَلَى الْعَبْدِ وَانْتَقَلَتْ عَنْهُ
إِلَى السَّيِّدِ، وَكَذَلِكَ فِي جَنَايَةِ الْخَطَا فِي الْحُرِّ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهَا بَيِّنَةٌ يُحْكَمُ بِوَجُوبِهَا
وَبِوَجُوبِ التَّحْمُلِ عَنِ الْقَاتِلِ، وَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ بِالْوَجْهِ الَّذِي يُوجِبُ الْإِلْزَامَ وَلَا
يُوجِبُ التَّحْمُلَ أَقْرَزْتُ ذَلِكَ عَلَى الْجَانِي لِعَدَمِ صِحَّةِ التَّحْمُلِ، فَإِنْ أُمَكَّنَهُ الْأَدَاءُ فِي
الْوَقْتِ، وَإِلَّا أَدَّى ذَلِكَ إِذَا أُمَكَّنَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ لَا يَمْلِكُ فِي الْحَالِ لَا يَمْلِكُ فِي ثَانِي، وَلَا كُلُّ مَنْ كَانَ مُعْسِرًا فِي
الْحَالِ لَمْ يُوسِرْ فِي ثَانِي، وَقَدْ يَتَّفَقُ الْحُرُّ مَعَ الْحُرِّ فِي جَنَايَةٍ وَجَنَايَةٍ وَلَا يَتَّفَقَانِ فِي
التَّحْمُلِ عَنْهُمَا، وَقَدْ يَتَّفَقَانِ فِي مِلْكٍ وَمِلْكٍ وَلَا يَتَّفَقَانِ فِي أَدَاءٍ وَأَدَاءٍ، وَقَدْ يَتَّفَقَانِ فِي ذِمَّةٍ
وَذِمَّةٍ وَلَا يَتَّفَقَانِ فِي أَدَاءٍ وَأَدَاءٍ؛ لِأَنَّ هَذِهِ مَعَانِي مَخْتَلِفَةٌ مَخْتَلِفَةُ الْمَعَانِي، فَرُبَّمَا اتَّفَقَ
ذَلِكَ فِي وَاحِدٍ، وَرُبَّمَا اتَّفَقَ بَعْضُهُ دُونَ بَعْضٍ، وَلَيْسَ يُلْزَمُ إِذَا اتَّفَقَا فِي مَعْنَى مِنْ
ذَلِكَ أَنْ يَتَّفَقَا فِي جَمِيعِ الْمَعَانِي، فَكَذَلِكَ الْعَبْدُ وَالْحُرُّ قَدْ يَتَّفَقَانِ فِي جَنَايَةٍ وَجَنَايَةٍ
وَأَدَاءٍ وَأَدَاءٍ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي ذِمَّةٍ وَذِمَّةٍ، وَقَدْ يَتَّفَقَانِ فِي الْجَنَايَةِ وَلَا يَتَّفَقَانِ فِي الْأَدَاءِ فِي
الْوَقْتِ، كَمَا ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي الْأَحْرَارِ.

* وأما ما حكاه عن / الشافعي في إقراره بالسرقة وأنكر عليه قوله ونسب غيره (١/١٦١) إلى أنه قد قاذ قوله = فقد اختلف قول الشافعي رحمه الله في ذلك:

فأخذ قوليه: إن قوله مقبول فيهما جميعاً، وإن يده تُقطع، ويُباع في مال المسروق منه.

فإذا قيل ذلك سقط كلام المزي.

والقول الثاني: ما حكاه المزي، ووجهه أن إقراره جمع شيئين:

أحدهما: قوله فيه مقبول، وهو ما لزم بدنه، فتُقطع يده.

والثاني: ما لا يُقبل قوله فيه على غيره، وهو السيد، وهو ما أوجب ما لا يلزمه في ذمته، وأخر ذلك حتى تكمل ذمته ويجد ما يؤذي.

وجعل الشافعي رحمه الله ذلك مثل شاهدين لو قاما على السرقة لقطع وأُغرم، ولو أقام عليه شاهداً^(١) وامرأتين لأُغرم المال ولم تُقطع يده، فإذا جاز أن يختلف الحكم فيهما في الحر لا اختلاف البيّنات جاز أيضاً أن يختلف الحكم فيهما لا اختلاف حكم الإقرار، ولا فرق بينهما.

ويقال له: أنت تقبل قوله في الزنا فتجلده كما تجلده إذا قامت عليه بيّنة، ولو أقر أنه جنى على ماله أو بدنه ما قيمته درهم^(٢) لم تقبل، فيما تفرق به بين الحالين يُفرق الشافعي رحمه الله.

والذي حكاه عن أبي حنيفة وذكر أنه القياس هو أحد قولَي الشافعي، ووجهه أنه لما ارتفعت التهمة في الوجه الذي به وجب القطع استُعْمِلَا / جميعاً، كالقصاصي (١/١٦١) ب

(١) في الأصل: «شاهد».

(٢) في الأصل: «درهما»، ثم حول إلى المثبت.

لَمَّا ارْتَفَعَت التُّهْمَةُ فِيهِ ارْتَفَعَ فِيهَا يُوجِبُهُ مِنْ دِيَةِ بَعْفِ الْوَلِيِّ؛ لِأَنَّ التُّهْمَةَ لَمَّا انْتَفَتَ فِي إِقْرَارِهِ اسْتَعْمِلَا جَمِيعًا، فَكَذَلِكَ أَمْرُ الْعَبْدِ فِي السَّرْقَةِ.

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِنَّهُمَا مَالَانِ لِلْسَيِّدِ، فَإِمَّا أَنْ يُقْبَلَ أَوْ يُرَدَّ = فغَلَطُ بَيْنٍ؛ لِأَنَّ السَّفِيَةَ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ هُوَ فِي مَالِهِ فِي الْإِقْرَارَيْنِ جَمِيعًا، وَقَوْلُهُ فِي الْعَمْدِ مَقْبُولٌ فِي مَالِهِ، وَفِي الْخَطِئِ غَيْرُ مَقْبُولٍ، وَالْمَالُ لَهُ، فَلَوْ جَازَ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ لَكَانَ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِأَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ فِي الْحَالِينَ لِأَنَّ الْمَالَ لَهُ أَوْلَى، فَإِذَا قُبِلَ مِنْهُ فِي أَحَدِ الْحَالِينَ لِأَنَّ التُّهْمَةَ لَا تَلْحَقُهُ فِيمَا حُجِرَ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ وَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِيمَا لَحِقَهُ التُّهْمَةُ أَنَّهُ قَصَدَ إِلَى إِتْلَافِ مَالِهِ = فَكَذَلِكَ الْعَبْدُ قُبِلَ قَوْلُهُ فِيمَا لَمْ تَلْحَقْهُ التُّهْمَةُ أَنَّهُ قَصَدَ إِلَى إِتْلَافِ مَالِ سَيِّدِهِ، وَلَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ فِي مَا لَحِقَتْهُ التُّهْمَةُ فِيهِ.

* فَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ أَنَّ الشَّافِعِيَّ أَنْكَرَ عَلَيْهِمْ تَوْرِيثَ الْقَاتِلِ خَطَأً مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ إِلَّا مِنْ الدِّيَةِ = فَالشَّافِعِيُّ أَنْكَرَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا دَلِيلَ لَهُمْ عَلَيْهِ، وَلَا قَوْلَ يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَمْ يَجِدْ فِي أَصْلِ مِنَ الْأَصُولِ تَبْعِيضَ مِيرَاثٍ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُمْ، وَإِذَا فَسَدَ فَرَقُهُمْ لِأَنَّ الْأَصُولَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ لَمْ يَبْطُلْ فَرَقُ الشَّافِعِيِّ فِيمَا تُوجِبُ الْأَصُولُ فِيهِ الْفَرَقُ؛ لِأَنَّ مَا قَالَهُ أَهْلُ الْعِرَاقِ لَا دَلِيلَ لَهُمْ عَلَيْهِ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَرِثُ قَاتِلٌ»^(١) لَا يَخْلُو مِنْ أَحَدٍ مَعْنِيَيْنِ:

إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْخَاطِئُ خَارِجًا^(٢) عَنْهُ، وَإِنَّمَا حُرِّمَ^(٣) الْمَالُ عَقُوبَةً؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِلَى تَعْجِيلِ مِيرَاثِهِ، وَالْخَاطِئُ غَيْرُ قَاصِدٍ، فَهَذَا الْمَعْنَى يُوجِبُ تَوْرِيثَهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ.

(١) أَخْرَجَهُ بَنُحُوهُ النَّسَائِيُّ (٦٣٦٨) وَابْنُ مَاجَةَ (٢٦٤٦) مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شَعِيبٍ عَنْ عَمْرِو مَرْفُوعًا، وَهُوَ مُنْقَطِعٌ. وَانْظُرِ «التَّلْخِصَ» لِلْحَافِظِ (٢٠٣٩/٤).

(٢) فِي الْأَصْلِ: «خَارِجٌ».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «أَحْرَمٌ»، ثُمَّ ضُرِبَ عَلَى الْهَمْزَةِ.

وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ دَاخِلًا فِي مَنَعِ الْمِيرَاثِ لِلتُّهْمَةِ الَّتِي تَلْحَقُهُ؛ لِأَنَّ حُكْمَنَا أَنَّ ذَلِكَ خَطَأٌ لَيْسَتْ بِإِحَاطَةٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَاصِدًا مِنْ حَيْثُ يُوجِبُ الْحُكْمُ أَنْ يَكُونَ مَخْطِئًا، فَإِذَا لَحِقَتْهُ التُّهْمَةُ حُرْمٌ^(١) الْمِيرَاثِ، فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَرِثْ مِنْ شَيْءٍ مِنَ الْمَالِ.

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِنَّكُمْ لَا تَقُولُونَ بِالتُّهْمَةِ وَلَا بِالظَّنِّ، وَمَا اسْتَشْهَدَ بِهِ مِنْ مَتَاعِ الزَّوْجَيْنِ وَمُخَالَفَةِ الشَّافِعِيِّ لِمَنْ قَالَ: إِنَّهُ يُحْكَمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا يَصْلُحُ لَهُ = فَلَيْسَ الشَّافِعِيُّ مِمَّنْ يَحْكُمُ بِتُّهْمَةٍ وَلَا بِظَنْ، وَإِنَّمَا يَحْكُمُ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَنِ، فَإِنْ أَوْجَبَ الْكِتَابُ فِي مَوْضِعٍ اسْتِعْمَالَ التُّهْمَةِ اسْتَعْمَلَ، وَإِنْ نَفَى الْكِتَابُ اسْتِعْمَالَ التُّهْمَةِ لَمْ يَسْتَعْمِلْ، وَإِنَّمَا يَتَّبِعُ فِي أَحْكَامِهِ الدَّلِيلَ، فَإِنْ أَوْجَبَ الدَّلِيلُ الْجَمْعَ جَمَعَ، وَإِنْ أَوْجَبَ الْفَرْقَ فَرَّقَ.

وَإِذَا جَازَ أَنْ يَنْصَحَ اللَّهُ عَزَّجَلَّ تَحْرِيمَ الْخَمْرِ وَيُبَيِّنَ أَنَّ الْمَعْنَى هُوَ أَنَّهُ يَصُدُّ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّ الْيَسِيرَ مِنْهُ لَا يَصُدُّ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَلَا عَنِ الصَّلَاةِ، وَإِنَّمَا قَصَدَ مَا يُسَكِّرُ وَيُزِيلُ الْعَقْلَ، ثُمَّ يَحْكُمُ بِأَنَّهُ قَلِيلٌ مُحَرَّمٌ ككَثِيرِهِ حَسْمًا لِلْبَابِ وَقَطْعًا / لِلطَّمَعِ؛ لِأَنَّ لَا يَشْرَبُ الشَّارِبُ مَا يُسَكِّرُ وَهُوَ يَعْلَمُ وَيَقُولُ: ظَنَنْتُهُ لَا يُسَكِّرُنِي، فَتَكُونُ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إِلَى الْإِسْكَارِ مِنْ حَيْثُ يَسْقُطُ الْحَدُّ، فَحَسَمَ الْبَابَ وَحَدَّ فِي قَلِيلِهِ وَكَثِيرِهِ.

وَكَذَلِكَ الْعِدَّةُ فِي الطَّلَاقِ الْمَقْصِدُ فِيهَا الْاسْتِبْرَاءُ، ثُمَّ جَعَلَ عَلَى مَنْ لَا اسْتِبْرَاءَ فِيهَا عِدَّةً حَسْمًا لِلْبَابِ؛ لِأَنَّ لَا تَزَلْ مَنْ فِيهَا اسْتِبْرَاءً فَتَدَّعِي أَنَّهُ لَا اسْتِبْرَاءَ فِيهَا، فَيُقْسِدَ ذَلِكَ الْأَنْسَابَ، فَحَسَمَ الْبَابَ وَجَعَلَ الْعِدَّةَ عَلَى الْجَمِيعِ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «أَحْرَمَ»، ثُمَّ ضَرَبَ عَلَى الْهَمْزَةِ.

وإذا كان ذلك جائزاً لم يُنكر أن يكون قاتل الخطي والعمد يستويان في أن لا يرثا؛ لأن الخطأ لا يُقطع على مُغيبه، وقد يُظهر أنه خطأ ويكون في الباطن قصد إلى قتله، وقد يخفى البئر في طريقه فيكون الحكم أنه خطأ وفي الباطن قصد في حفره إلى تلافه، فحسب الباب وقيل: «لا يرث قاتل» حسماً للباب، كما قيل في الخمر والميسر: «إنهما رجس من عمل الشيطان»، فأطلق اللفظ واستوى قليله وكثيره حسماً للباب، ومثل ذلك في الأصول كثير.

ولولا صحة الخبر بأن لا يرث قاتل مطلقاً وعلينا استعمال العموم لما قلنا إنه لا يرث من جهة تهمته ولا غيره، فإن كان مع من قال: إن متاع الزوجين يُقسم بينهما على ما يصلح لكل واحد منهما دليل لم نُنكر قولهم، وإنما أنكرنا لأن السنة بخلافه، وهو قول النبي صلى الله عليه: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»^(١).

(١/١٦٣) ولو كان ذلك من جهة ما يغلب على القلب لكان لا شك أن النبي صلى الله عليه حيث جحد الأعرابي البيع إذ هو صلى الله عليه هو الصادق ومع ذلك فلم يحكم إلا بشهادة، وإنما يتبع في جميع ذلك دلائل الأصول.

* وأما قوله: إنه إذا أقر ثم عتق وأقام على إقراره قبل منه = فذلك صحيح لو كان في الحال مانع من قبول إقراره، فأما إذا لم يكن مانع فالانتظار به إلى أن يعتق لا وجه له.

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبير» (رقم: ٢١٢٤٥) من حديث الفريابي، عن سفيان، عن نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس رضي الله عنهما. وأخرج البخاري (٤٥٥٢) ومسلم (١٧١١) من حديث ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً: «اليمين على المدعى عليه». وانظر «التلخيص الحبير» للحافظ (٣٢٤٧/٦).

ويقال للمزني: رأيت لو زالت الشمس، فقال السيد: صليت، وقال العبد: لم أصلي، قول من تقبل؟ رأيت لو قال العبد: نسيت سجوداً في صلاتي فلزماني الإعادة، وقال السيد: لم تنس وإنما أردت الاشتغال عن خدمتي، قول من تقبل؟ رأيت لو قال العبد: زني، وقال السيد: لم تزني، تؤخر الحد إلى أن يعتق؟ وهذا ما لا يقوله أحد قبل، فكذلك ما ذكرت من السرقة.

فإن قيل: فكيف صار أمر القصاص أو الدية على قول واحد أن إقراره مقبول فيهما، وصارا من السرقة التي فيها القطع على قولين، أحدهما: أن قوله في القطع مقبول وفي المال غير مقبول وفي القصاص مقبول في القصاص والمال؟ = فالجواب أن ذلك لفرق بينهما، وهو أن الإقرار في جنابة العمد إنما هو إقرار بالقصاص، والمال انتقل من القصاص إليه، وإلا فالذي وجب بالقتل القصاص، ودخول المال تخفيف وانتقال، ألا ترى إلى قوله عز وجل: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾ الآية [الإسراء: ٣٣]، فأوجب / بالقتل القصاص، وقد (١٦٣/ ب) كان القصاص على من قبلنا واجباً، ولا يؤخذ بدله مالا، وإنما لحق هذه الأمة التخفيف فجعل لهم الانتقال إلى المال، فلذلك صار المال على قول واحد؛ لأنه بدل من القصاص وهو فرعه، فإذا وجب الأصل وجب فرعه.

وذلك مثل شهادة النساء على الولاد إذا قبل تبعه ثبوت النسب والحرم والموارث والنفقات وغير ذلك مما لا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال فضلاً عن قبولهن منفردات؛ لأن جميع ذلك فرع الولادة، فإذا صح الأصل صح الفرع، فكذلك أمر القصاص.

وأما أمر السرقة فإن الأصل الذي شهد به أو وقع الإقرار به هو المال، ويتبعه القطع، فيجبان جميعاً، لا أن الواجب أحدهما بدل من الآخر بالقصاص، بل

يجبان جميعاً في حالة واحدة، وهما حَقَّان مختلفان: أحدهما لله، والآخر لآدمي، فإن صَحَّ بالوجه الذي يَثْبُتان جميعاً أخذاً، وإن صَحَّ بالوجه الذي يَعْمَلُ في أحدهما دون الآخر استُعْمِلَ فيما صَحَّ فيه دون الآخر، كما إذا أقام شاهداً وامرأتين حُكِمَ بالمالِ ولم يُحْكَمْ بالقطع، ولو أقام شاهداً وامرأتين في العمدِ الذي يُوجِبُ القصاصَ لم يُحْكَمْ بالقطع ولا بالمالِ.

فإن قيل: فإذا لم يَثْبُت المالُ الذي هو الأصلُ ولم تُثْبِتُوا بإقراره لأنه مُتَّهَمٌ فيه فكيف تَحْكُمُوا بالقطع وهو فَرَعُهُ؟ وكيف يَثْبُت الفرعُ مع بطلان الأصل / وقد أبطلتم إقراره بالمالِ؟ = فالجوابُ أن ليس الأمرُ كما ظننته، بل نقول: إنَّ إقراره بالمالِ والقطع ثابتٌ، وإنَّهما لازمان جميعاً، وإنَّما قلنا: إنَّ قوله في المالِ على سيده لا يُقْبَلُ في بابِ التَّحْمُلِ عنه، ويلزِمُهُ أداءُ ذلك إذا عَتَقَ، ولو كُنَّا أبطلنا إقراره لم يلزِمُهُ أداءُهُ في ثاني، وإنَّما وَقَعَ التأخيرُ في المطالبةِ مِنْ أَجْلِ إغساره، كما قد يَقَعُ في الحرِّ إذا أَقَرَّ بسرقةٍ قد أَتْلَفَهَا وهو مُعْسِرٌ، أو أَقَرَّ بقتلِ خطيٍّ وهو مُعْسِرٌ، تُقَطَّعُ يَدُهُ في السرقةِ، ويؤَخَّرُ بالمالِ إلى أن يُوسِرَ، فكذلك العبدُ لَزِمَهُ المالُ والقطعُ، فَقَدَرْنَا على قطعه فلم نُؤَخِّرْهُ، ولم نَقْدِرْ له على مالٍ، ولم نَقْبَلْ قوله على السيدِ في التَّحْمُلِ، فَأَجَزْنَاهُ به إلى أن يَقْدِرَ، والله أعلم.



حَكَى عِصَامٌ عَنِ الْمَزْنِيِّ أَنَّهُ حَكَى عَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا تَظَاهَرَ مِنْ امْرَأَةٍ لَهُ ثُمَّ قَالَ لِأُخْرَى: أَنْتِ شَرِيكُهَا أَنَّهُ يَلْزَمُهُ، وَحَكَى أَنَّ الْمَزْنِيَّ أَنْكَرَ ذَلِكَ وَقَالَ: إِنَّمَا هَذِهِ كَفَّارَةٌ، وَالْكَفَّارَةُ لَا يَقَعُ الْإِشْتِرَاكُ فِيهَا^(١).



فَالْجَوَابُ

إِنَّ الصَّحِيحَ مِنْ ذَلِكَ مَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ الظَّهَارَ كَانَ طَلَاقَ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ، فَجَعَلَ اللَّهُ بَدَلَ وَقْعِ الطَّلَاقِ كَفَّارَةً، فَكُلُّ لَفْظَةٍ يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ تَكُونُ بَدْلَهُ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ فِي الظَّهَارِ، وَلَوْ قَالَ لَامْرَأَةٍ لَهُ: «أَنْتِ طَالِقٌ» ثُمَّ قَالَ لِأُخْرَى: «أَنْتِ شَرِيكُهَا» لَوَقَعَ عَلَى الثَّانِيَةِ، وَإِذَا وَقَعَ / الْإِشْتِرَاكُ فِي الطَّلَاقِ وَقَعَ فِيمَا جُعِلَ (١٦٤/ ب) بَدَلَ الطَّلَاقِ فِي الظَّهَارِ مِنَ الْكَفَّارَةِ.

وَيُشَبِّهُ أَنْ يَكُونَ الْمَزْنِيُّ ذَهَبَ إِلَى أَنْ الْيَمِينَ لَا إِشْتِرَاكَ فِيهَا وَفِيهَا كَفَّارَةٌ، فَكَذَلِكَ الظَّهَارُ لَمَّا وَجِبَتْ الْكَفَّارَةُ فِيهِ كَمَا وَجَبَ فِي الْيَمِينِ بِاللَّهِ لَمْ يَقَعِ الْإِشْتِرَاكُ.

فَالْيَمِينُ بِاللَّهِ لَا تَلْزَمُ الْكَفَّارَةُ وَلَا يَنْعَقِدُ الْيَمِينُ إِلَّا بِالتَّصْرِيحِ بِاسْمِ اللَّهِ، وَلَوْ أَتَى بِالْكُنَايَةِ وَأَرَادَ بِهِ يَمِينًا لَمْ تَلْزَمْهُ الْكَفَّارَةُ؛ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِاسْمِ اللَّهِ، أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ عَزَّجَلَّ: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٤]، فَأَمَّا الظَّهَارُ فَيَقَعُ بِالصَّرِيحِ وَالْكُنَايَةِ كَمَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِهِمَا جَمِيعًا، فَكَذَلِكَ يَقَعُ الْإِشْتِرَاكُ فِي الظَّهَارِ كَمَا يَقَعُ فِي الطَّلَاقِ، وَيُفَارِقَانِ جَمِيعًا الْيَمِينَ بِاللَّهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٢٤٥٧).

﴿ ٤٤ ﴾ مسألة [تزويج الصغيرة التي ذهبت عذرتها]

وَحَكَى عِصَامٌ عَنِ الْمَزْنِيِّ عَنِ الشَّافِعِيِّ أَنَّ الرَّجُلَ لَا يُزَوِّجُ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ إِذَا ذَهَبَتْ عُذْرَتُهَا مِنَ الْوَثْبَةِ أَوْ اسْتُكْرِهَتْ، وَإِنْ أَذِنَتْ فِإِذْنُهَا بَاطِلٌ^(١).



﴿ فـالـجـواب ﴾

هذا الذي حُكي عن الشافعي غلط؛ لأنَّ مذهبه إذا ذهبت عذرتها من وثبة أو سقطه فحكمها حكم الأبكار، يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِهَا، وَإِذَا زَوَّجَهَا غَيْرُهُ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ وَهِيَ كَبِيرَةٌ بِإِذْنِهَا فَسُكُوتُهَا إِذْنُهَا، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْأَبْكَارِ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ، وَهَذَا مِمَّا لَمْ يَخْتَلَفْ فِيهِ قَوْلُهُ، وَأَمَّا إِذَا اسْتُكْرِهَتْ عَلَى الْوُطْئِ أَوْ زَنَتْ أَوْ وَطِئَتْ وَطْئًا حَرَامًا فَهِيَ ثَيِّبٌ، وَيَصِيرُ حُكْمُهَا حُكْمَ الثَّيِّبِ، لَا يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ وَلَا كَبِيرَةٌ إِلَّا بِإِذْنِهَا، وَلَا يَكُونُ إِذْنُهَا سُكُوتَهَا؛ لِأَنَّ الْمَقْصِدَ فِي كَوْنِهَا ثَيِّبًا وَالتَّفَرُّقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْأَبْكَارِ مَا رُوِيَ فِي الْخَبَرِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ لَمَّا قِيلَ لَهُ: إِنَّ الْبَكَرَ تَسْتَحِي قَالَ: «إِذْنُهَا صُمَاتُهَا»^(٢)، فَبَيَّنَ أَنَّ الْمَعْنَى فِي ذَلِكَ حَيَاؤُهَا، لِأَنَّهَا لَمْ تُجَرِّبِ الرِّجَالَ وَلَمْ تَخْبُرْهُمْ، فَالْغَالِبُ مِنْ أَمْرِهَا الْحَيَاءُ، وَبِالْوَثْبَةِ وَالسَّقْطَةِ لَا يَنْقُصُ حَيَاؤُهَا وَلَا يَتَغَيَّرُ حُكْمُهَا، وَإِنَّمَا يَنْقُصُ حَيَاؤُهَا بِمُخَالَطَةِ الرِّجَالِ وَصُحْبَتِهِمْ، فَأَمَّا الْوَثْبَةُ فَلَا تُغَيِّرُ لَهَا حُكْمًا.



(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٢٠٢٠).

(٢) سبق تخريجه في مسألة إنكاح البكر البالغة.

٤٥ مسألة [متعة المطلقة وعطية المكاتب في مال المتوفى]

وَحَكَى عِصَامٌ عَنِ الْمَزْنِيِّ عَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُمْتَعَهَا أَنْ مُنْعَتَهَا مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَأَنَّ الْمَكَاتِبَ إِذَا عَتَقَ وَلَمْ يُعْطِهِ سَيِّدُهُ شَيْئًا حَتَّى مَاتَ أَنَّهُ يُعْطَى مِنَ الثُّلُثِ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَيْنَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

قال المزني: يُعْطَى مِنْ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى أَصْلِهِ.

قال المزني: قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَيْنَاكُمْ﴾ قال: الزكاة، خطابٌ للمؤمنين، لا السادة، لقوله: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠] ^(١).



الجواب

أَمَّا قَوْلُهُ عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَيْنَاكُمْ﴾ فَقَدْ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي تَأْوِيلِ ذَلِكَ:

فذهبت طائفةٌ إلى أَنَّ الْخُطَابَ لِجَمِيعِ الْمُؤْمِنِينَ، فَكَأَنَّهُ حَثُّ السَّادَةِ عَلَى كِتَابَتِهِمْ، وَحَثُّ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى مَعُونَتِهِمْ / عَلَى أَدَاءِ كِتَابَتِهِمْ، وَلِذَلِكَ جَعَلَ لَهُمْ (١٦٥/ب) فِي الزَّكَاةِ حَقًّا مَعَ سَائِرِ مَنْ جَعَلَ لَهُ فِي الزَّكَاةِ حَقًّا.

وذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَنَّ ذَلِكَ خُطَابٌ لِلْسَيِّدِ، وَتَأْوِيلٌ فِي ذَلِكَ أَشْيَاءٌ.

منها: أَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَمْ يُحْكْ عَنْ أَحَدٍ مِنْهُمْ أَنَّهُ كَاتَبَ إِلَّا وَحْكِي عَنْهُ أَنَّهُ وَضَعَ عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ امْتِثَالًا لِأَمْرِ اللَّهِ تَعَالَى، وَلَمْ يُحْكْ عَنْ أَحَدٍ مِنْهُمْ فِي ذَلِكَ خِلَافٌ ^(٢)، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ مَا اخْتَارَهُ الشَّافِعِيُّ.

(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرة: ٣٩٥٥ و ٣٩٥٦).

(٢) في الأصل: «خلافًا»، ثم كتب فوق الفاء: «ف» بدون ألف.

ومن ذلك: أن قوله: ﴿وَأَتَوْهُمْ﴾ كلامٌ مبنيٌّ على ما تقدّم، فلمّا كان ما تقدّم في أوّل الآية خطاباً للسيد في الأمر بالكتابة بقوله عزّ وجلّ: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣] وعطف على ذلك قوله: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَيْنَاكُمْ﴾ كان ظاهرُ ذلك أنّه خطابٌ للسادةِ معونةً لهم على ذلك، والله أعلم.

ومن ذلك أيضاً: أن من ذهب إلى أن ذلك خطابٌ لأهل الشريعة أن يُعطى لهم من زكواتهم جعل ذلك تكراراً وتأكيذاً لما ذُكر في آية الزكاة، ولو لم يُذكر ذلك في هذا الموضع لكان فيما ذُكر في آية الزكاة كفايةً، ومن ذهب إلى ما ذهب إليه الشافعيّ جعل في هذه الآية فائدةً غير ما في الزكاة، فيجعل في المكاتب معونةً من جهتين: من جهة السيد من ماله إذا لم يَجُز أن يُعطيه من زكاته، / ووجوب معونته عليه كوجوبه على سائر المسلمين، بل ذلك عليه أوجب؛ لأنّه العاقد، وإليه يرجع الولاء، وبينهما ^(١) تثبت الحرمة، ألا ترى إلى قوله: «الولاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النِّسَبِ» ^(٢). وإذا كان كذلك ولم يُمكنه المعونة من زكاته جعل ذلك من المال الذي يأخذه منه.

فهذا الوجه من التأويل أقوى بالدلائل التي ذكرنا مما أجازّه المزنيّ ومن ذهب مذهبه.

* فأما ما حكاه في المتعة أنّه من رأس المال، وفي الكتابة أنّه من الثلث = فليس بمختلف إذا صحّت الرواية؛ لأنّ ما جعل عليه أن يُعطيه من مال الكتابة وما جعل عليه أن يُعطى امرأته من المتعة لا حدّ فيه، وإنّما ذلك على حسب الاجتهاد،

(١) هنا في الأصل: «ما»، ثم ضرب عليه.

(٢) سبق تخريجه في مسألة الشرط الفاسد.

ومع ذلك فهما واجبان جميعًا، فأقلُّ ما يَقَعُ عليه الاسمُ من رأسِ المالِ فيهما جميعًا، هذا إذا لم يكن في المالِ وصيةٌ أو يَسْتَغْرِقُهُ الديونُ فلا بُدَّ من أن يُضْرَبَ لهما مع أهلِ الديونِ، وأمَّا إذا كان في المالِ سَعَةٌ وفيه وصايا طريقُها طريقُ القُرْبِ فسيبُلُ هَذَيْنِ أن لا يُقْتَصَرَ بهما على ما يَقَعُ عليه الاسمُ، بل يُوسَّعُ عليهما، ويُحَظُّ عن المكاتبِ رُبْعُ كتابتِهِ أو ما قاربَ ذلك، ويُجْعَلُ ذلك من ثلثه مُقَدَّمًا على سائرِ القُرْبِ.

وإذا خرج على ذلك لم يكن بين الموضعَيْنِ فرقٌ، ولو كان الشافعيُّ صَرَّحَ بذلك لكان ذلك محتملًا؛ / لأنَّ الناسَ في إتيانِ المكاتبِ مما أتى السيدَ مختلفون: (١٦٦/ ب) فمنهم مَنْ يُوجِبُ ذلك، ومنهم مَنْ لا يوجبُه ويذهبُ إلى ما اختارَه المزيُّ، فجَعَلَ الاحتياطُ أن يكونَ من الثُلثِ حتى يكونَ إعطاؤه جائزًا على الوجهين جميعًا، وأمَّا المتعةُ فلا يَخْتَلِفُ التأويلُ فيه، فصار من أجل ذلك كسائرِ الديونِ.

وقد قيل: إنَّه يحتملُ أن يكونَ أمرُ المكاتبِ من الديونِ التي طريقُها طريقُ القُرْبِ بينه وبين الله، لا طريقُه طريقُ حقوقِ الآدميين، وأمَّا المتعةُ فطريقُه طريقُ حقوقِ الآدميين؛ لأنَّها وَجَبَتْ من أجلِ النكاحِ، وقد قال الشافعي: «إذا اجتمع عليه دَيْنٌ لآدميٍّ ودَيْنٌ لله تَقَدَّمَ دَيْنُ الآدميِّ على حَقِّ الله تعالى». فيَحْتَمِلُ أن يكونَ هذا خارجًا^(١) على ذلك، والله أعلم.



(١) في الأصل: «خارج» ثم زيدت الألف.

﴿ ٤٦ ﴾ مسألة [إذا قال: أول من يحج عني فله مئة دينار]

حَكَى عِصَامٌ عَنِ الْمَزْنِيِّ عَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا قَالَ: «أَوَّلُ مَنْ يَحُجُّ عَنِّي فَلَهُ مِئَةُ دِينَارٍ» إِنَّ مَنْ يَحُجُّ عَنْهُ فَلَهُ ذَلِكَ. قَالَ الْمَزْنِيُّ: هَذَا بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ.



قال أبو إسحاق:

الـجـواب

إِنَّ الْمَزْنِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَوَهَّمَ أَنَّ الشَّافِعِيَّ أَجَازَ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهَا إِجَارَةٌ فَجَعَلَهَا هُوَ بَاطِلًا^(١) لِأَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَنْعَقِدُ عَلَى رَجُلٍ مَجْهُولٍ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى جِهَةِ الْإِجَارَةِ لَكَانَ الْجَوَابُ فِي ذَلِكَ كَمَا أَجَابَ الْمَزْنِيُّ، وَلَكِنِ الشَّافِعِيُّ إِنَّمَا أَجَازَ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهَا جِعَالَةٌ، وَالْجِعَالَةُ تَنْعَقِدُ عَلَى مَجْهُولٍ؛ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ / عَزَّوَجَلَّ حَاكِيًا عَنْ يَوْسُفَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ فِي صُورِ الْمَلِكِ: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢]. وَالَّذِي يَأْتِي بِالصُّورِ مَجْهُولٌ، فَهَذِهِ الْآيَةُ هِيَ الْأَصْلُ فِي جَوَازِ الْجِعَالَةِ، فَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: «مَنْ حَجَّ عَنْهُ فَلَهُ مِئَةُ دِينَارٍ».

وَلَا خِلَافَ بَيْنَ الشَّافِعِيِّ وَالْمَزْنِيِّ أَنَّ مَنْ ضَلَّ لَهُ دَابَّةٌ أَوْ أَبَقَ لَهُ عَبْدٌ فَقَالَ: «مَنْ جَاءَنِي بِعَبْدِي أَوْ بِضَالَّتِي فَلَهُ مِئَةُ دِينَارٍ» أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَلَوْ قَالَ: «اسْتَأْجَرْتُكَ بِمِئَةِ عَلَى أَنْ تَأْتِيَنِي بِعَبْدِي الْآبِقِ» لَكَانَ ذَلِكَ بَاطِلًا، فَكَذَلِكَ الْحَجُّ إِذَا قَالَ: «قَدْ اسْتَأْجَرْتُ أَوَّلَ مَنْ يَحُجُّ عَنِّي بِمِئَةٍ» فَذَلِكَ بَاطِلٌ، وَلَمَنْ حَجَّ آخِرًا^(٢) مِثْلَهُ، وَأَمَّا إِذَا قَالَ: «أَوَّلَ مَنْ يَحُجُّ عَنِّي فَلَهُ مِئَةُ» عَلَى جِهَةِ الْجِعَالَةِ فَذَلِكَ جَائِزٌ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «بَاطِلٌ».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «آخِرٌ».

وبهذا الفرقِ فُرقَ بين الجعالة وبين الإجارة، فجعل الإجارة لازمة؛ لأنها لا تنعقد إلا على معلوم، وجعلت الجعالة غير لازمة، إن شاء أتى به، وإن لم يشأ لم يأت به؛ لأنَّ العمل مجهول، والعمل المجهول لا يكون العقد عليه لازماً^(١)، لأنَّ العقد اللازم إنما يكون فيما يُمكن المطالبة به إذا امتنع، والمطالبة لا تكون إلا بمعلوم، ولهذا المعنى صارت الوكالة غير لازمة؛ لأنَّ العمل الذي وكله فيه مجهول، فكذلك أمرُ الجعالة في الحج، والله أعلم.



(١) في الأصل: «لازم».

(٤٧) مسألة [القسامة إذا كانت نائرة أو عداوة]

(١٦٧/ ب) قال المزني: إذا عسكر المسلمون في موضع فوجد بينهم قتل / إن دمه هدر، ولا شيء على أحد، وكذلك لو كانوا عشرة في خباء فوجد بينهم قتل فليس عليهم شيء، وإنما القسامة إذا كانت نائرة^(١) أو عداوة بين قوم أو ذوي سلاح مسلول أو شبه هذا فعند ذلك تكون قسامة، فأما إذا لم تكن عداوة فلا قسامة^(٢).



قال أبو إسحاق:

إن هذا الذي ذهب إليه المزني ليس بمذهب للشافعي، ويشبه أن يكون المزني ذهب إلى أن الأصل في القسامة قتل أهل خيبر للأنصاري - وكانت العداوة بينهم ظاهرة، فنقل ذلك في الخبر - فجعل المزني ذلك أصلاً فتخطى منه إلى غيره، ومتى عُدمت العداوة فلا قسامة، وليس الأمر كذلك، وإنما المقصد في ذلك أن يأتي ما يغلب على القلب أنهم أو بعضهم قتله، والواحد إذا كان مع عشرة في بيت واحد فوجد أحدهم مذبحاً فذلك أوكد في أن بعضهم قتله؛ لأن ذلك يُعلم قطعاً أن بعضهم قتله، واليهود مع العداوة التي كانت بينهم وبين الأنصار لم يُعلم قطعاً أن بعضهم قتله، وإنما ذلك شيء يغلب على القلب، والجماعة إذا تخلوا عن قتل فذلك قطع، فهو أوكد.

(١) يقال: «نارت الفتنة، تنور» إذا وقعت وانتشرت «فهي نائرة». و«النائرة» أيضاً: العداوة والشحناء، مشتقة من النار، و«بينهم نائرة»، و«سعيث في إطفاء النائرة» أي: في تسكين الفتنة. انظر «المصباح المنير» للفيومي (مادة: ن و ر).

(٢) انظر «المختصر» للمزني (الفقرات: ٣١١٣-٣١١٥).

ويقال له: أرايت لو لم يكن بينهما عداوة، وشَهِدَ شاهدٌ عدلٌ أَنَّهُ قَتَلَهُ عَمْدًا،
أما كان في ذلك قسامة؟ وذلك دليلٌ على أَنَّ المقصِدَ في القسامة دليلٌ يَغْلِبُ على
القلبِ أَنَّهُم أو بعضُهم قَتَلَهُ، سواءٌ تَقَدَّمَ بينهم / عداوةٌ أو لم يَتَقَدَّم، وقد تَجِبُ (١/١٦٨)
القسامةُ لاجتماعِ أسبابٍ ثُمَّ تكونُ في كُلِّ سببٍ من ذلك قسامةٌ وإن كان اجتماعُها
أوكَدَ، فاجتماعُ أسبابٍ في اليهودِ يَدُلُّ على قتلِهِم، منه: العداوةُ، ومنه: انفرادُهم
ببلدِهِم، ومنه: الوقتُ الذي الأغلبُ فيه أن لا يُخالِطَهُم غيرُهُم، اجْتَمَعَت فكانت
تُقَوِّي أمرَ قتلِهِم، وليس في ذلك دليلٌ على أَنَّ بعض ذلك إذا انفَرَدَ وكان فيه دليلٌ
أن لا يُحْكَمَ بالقسامةِ، والله أعلم.



قال المزني: ما ليس فيه قصاصٌ إلَّا حكومة، ولا مثلٌ لا^(١) يُقْتَصُّ منه، مثلُ كَسْرِ السَّاقِ، وَرَضِّ العِظَامِ، وَقَطْعِ الإِصْبَعِ الزائِدةِ، أو الأثْمَلَةِ الزائِدةِ، ونحو ذلك = ارْتَفَعَ عنه القصاصُ، وما كان له مثلٌ يُقْتَصُّ منه، فالخيارُ إلى المقتَصِّ، إن شاء أَخَذَ أرْسَ الجرحِ، وإن شاء أَخَذَ القَوْدَ، وهذا معنى قول الشافعي رَحِمَهُ اللهُ.

وإذا قال أصحابنا في الرجل إذا كانت له قَدَمَانِ يَطَأُ بهما لم يَقُولُوا لواحدةٍ منهما: إنها قدمٌ دون الأخرى، وقالوا: أيُّهما قُطِعَتْ ففيها حكومةٌ لا يُبْلَغُ بها الديةُ = فقد صَيَّرُوا كُلَّ واحدةٍ منهما في معنى الحكومةِ وَرَفَعَ القصاصِ عنها على معنى ما وصفنا.

فإن قَطَعَ رجلٌ أحدهما فَمَشَى على الأخرى مَشْيًا مستقيمًا فعلى الأولِ في القَدَمِ حكومةٌ لا يُبْلَغُ بها ديةٌ قَدَمٌ، فإن قَطَعَ آخِرُ القَدَمِ الأخرى كانت عليه / حكومةٌ لا يُبْلَغُ بها ديةٌ قَدَمٌ رجلٍ، فقد صَيَّرُوا كُلَّ واحدةٍ خارجةً مِنَ القصاصِ وَمِنَ المثلِ، ولم يُوجِبُوا إلَّا حكومةً، فإذا اسْتَجْمَعَ القَطْعَانِ مما ليس فيه على الانفرادِ في كُلِّ واحدةٍ منهما إلَّا حكومةٌ وفي الحكومةِ نفْيُ القصاصِ فكيف يكونُ إذا اجتمعت الحكومتان يكون فيهما قصاصٌ وأصلُّهما حكومةٌ والحكومةُ نفْيُ القصاصِ؟ ولو جاز أن يكون طَرَفَانِ^(٢) في كُلِّ واحدٍ منهما حكومةٌ إذا اجْتَمَعَا في واحدٍ حَدَثَ خِلَافُ الحكومةِ - وهو القَوْدُ - لَزِمَ تجويزُ قَطْعَيْنِ في كُلِّ واحدٍ منهما قصاصٌ إذا اجْتَمَعَا في واحدٍ حَدَثَ خِلَافُ القصاصِ - وهو الحكومةُ -، وفي ذلك فسادُ هذا القولِ على عبارة^(٣) ما وصفنا.

فانظر في ذلك نظر مَعْنِيٍّ بدينه مجتهدٍ في طلبِ الحقِّ، وبالله التوفيق.

(١) كتب في الأصل فوق: «لا» رأس صاد «ص».

(٢) في الأصل: «طرفين».

(٣) كذا في الأصل.

قال أبو إسحاق:

الاجواب وبالله التوفيق

أن ليس بابُ القصاصِ من بابِ الأرضِ بسبيل؛ لأنَّ القصاصَ الاعتبارُ فيه المماثلةُ وإمكانُ أخذِ ذلك بلا تَخْطِي إلى غيره، سواءً كان ذلك مما فيه أرضُ معلومٌ أو حكومةٌ، ألا تَرى أنَّ الشافعيَّ قد أوجَبَ القصاصَ في الإصْبَعِ الزائدةِ إذا كان للجاني مثلها في موضعها، وكذلك أوجَبَ القصاصَ في السِّنِّ الزائدِ إذا كان للجاني مثله في موضعه، وقد عَلِمَ أن ليس في الإصْبَعِ الزائدةِ أرضُ إصْبَعٍ، وإنما فيه حكومةٌ، وكذلك السِّنُّ الزائدُ إذا قُلِعَ ففيه حكومةٌ / لا يُبْلَغُ بها أرضُ سِنٍّ.

(١/١٦٩)

وإذا صَحَّ ذلك من قوله عَلِمَ أن ليس بابُ القصاصِ من الأرضِ بسبيل، قد يَجِبُ القصاصُ فيما هو ناقصٌ في بابِ الأرضِ، وقد يَسْقُطُ فيما هو كاملُ الأرضِ، ألا تَرى أنَّ العقلَ فيه الديةُ، وكذلك السَّمْعُ والنُّطْقُ، ولا قصاصَ في شيءٍ من ذلك مُتَفَرِّدًا، والأرضُ في جميعِ ذلك كاملٌ.

وإذا صَحَّ ذلك عَلِمَ أنَّ الذي بَنَى عليه المزيُّ هذا البابَ من أنَّ القصاصَ مُتَعَلِّقٌ بَكَمالِ الأرضِ وأنَّ ما فيه حكومةٌ فلا قصاصَ فيه ليس بصحيحٍ على مذهبه، وأنَّ الاعتبارَ في القصاصِ المماثلةُ من جهةِ الخِلْقَةِ وإمكانُ أخذِ ذلك بلا تَخْطِي إلى غيره، سواءً كان ناقصَ الأرضِ أو تامَّ الأرضِ، ألا تَرى أنَّ الجائفةَ فيها أرضُ معلومٌ، وكذلك المَأْمُومَةُ والمُنْقَلَةُ، ولا قصاصَ في ذلك، والموضحةُ دون ذلك في الأرضِ وفيها القصاصُ.

وبابُ الدِّيةِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فيه كَمالُ المنفعةِ، فتكونُ في ذلك الدِّيةُ، فما لم يَكْمُلْ في بابِ المنفعةِ فليس في ذلك إلا حكومةٌ؛ لِتَقْصِصِهِ في بابِ الجمالِ والمنفعةِ، وليس

كُلُّ مَا كَمُلَ بِهِ تَمَنُّعُهُ مُمَكِّنٌ فِيهِ تَعَدُّهُ؛ لِأَنَّ تَعَدُّهُ جَمِيعٌ مُتَّفِقٌ لِبَرِّهِ مُتَّفِقٌ
بِهِ، فَهُوَ مِنْ تَحْتِهَا مُتَّفَعٌ، وَمَعَ ذَلِكَ لَا يُقَصَّرُ فِيهِ، وَفِيهِ نُسْبَةُ تَعَدُّ.

فَاضِلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْقَصَصَ وَجِبُّ فِيمَا صَغُرَ وَكَبُرَ؛ لِأَنَّ
(ب ١٦٩) التَّعَدُّهُ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿فَعَنِّي تَعَدُّ عَيْنِكَ وَتَشَوُّعِيهِ يَشِيرُ
لَتَعَدُّ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وَقَدْ جُلَّ وَعِزُّ: ﴿وَأَنْجُرُوحَ قِصَاصٍ﴾ [المتعة: ٥٥]،
وَلَمْ يَشْتَرِطْ كِبَرَهُ دُونَ صَغِيرِهِ، فَلَذَلِكَ عَنِ أَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِمَكَانِ التَّعَدُّهِ فَحَسْبُ.

وَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ فَمَا يَجِبُ الْقَصَاصُ فِيهِ وَيَكْمُلُ أَرُشُهُ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ:

ضَرْبٌ يَجِبُ فِيهِ أَرُشٌ كَامِلٌ، ثُمَّ يُقَسِّطُ الْأَرُشُ عَلَى أِبْعَاضِهِ، فَمَنْ أَخَذَ بَعْضَ
أَخَذَ مِنْهُ بِقَدَرِهِ، كَأَصَابِعِ الْيَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ يُقَسَّمُ أَرُشُهُمَا عَلَى أَعْدَادِ الْأَصَابِعِ،
وَكَذَلِكَ كُلُّ إِصْبَعٍ يُقَسَّمُ أَرُشُهُ عَلَى أُنَامِلِهِ، وَكَذَلِكَ الْقَصَاصُ، وَكَذَلِكَ الْأُذُنَانِ^(٢)
فِيهِمَا الدِّيَةُ، وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ، فَمَا أُمَكِّنَ فِيهِ التَّبْعِيضُ قُسُطٌ عَلَى
أِبْعَاضِهِ.

وَضَرْبٌ تَجِبُ فِيهِ الدِّيَةُ وَلَا يَحْتَمِلُ التَّبْعِيضُ، فَلَا تُقَسِّطُ الدِّيَةُ عَلَى أِبْعَاضِهِ،
فَتَكُونُ فِي الْجَمِيعِ الدِّيَةُ، وَفِي بَعْضِهِ حَكُومَةٌ عَلَى قَدْرِ الْاجْتِهَادِ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ ذَلِكَ لَا
يُمْكِنُ، وَلَا تَتَسَاوَى أِبْعَاضُهُ، كَالْعَقْلِ فِيهِ الدِّيَةُ، وَفِي بَعْضِهِ حَكُومَةٌ؛ لِأَنَّ التَّقْسِيطَ
فِي ذَلِكَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ.

وَكَذَلِكَ يَجْرِي أَمْرُ الْقَصَاصِ فِي الْأَطْرَافِ أَنَّ ذَلِكَ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

ضَرْبٌ يَكُونُ الْقَصَاصُ فِي^(٣) جَمِيعِهِ وَفِي أِبْعَاضِهِ، كَالْيَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ.

(١) رَسْمُ الْأَصْلِ: «كَلِمَا».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «الْأُذْنَيْنِ».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «فِيهِ»، ثُمَّ ضَرْبٌ عَلَيْهِ وَكُتِبَ فَوْقَهُ: «فِي».

وضرب يكون فيه القصاص ولا يمكن ذلك في أبعاضه؛ لأنه لا يَحْتَمِلُ
التبعض، ولا يُضْبَطُ فَيَجِبُ القصاص في جميعه.

ألا تَرَى أَنَّهُ لو قُطِعَ يَدُهُ من المرفق لَوَجَبَ فيه القصاص؛ لأنه مِفْصَلٌ يمكن /
المماثلة فيه، ولو قُطِعَ مِنْ بعضِ الذَّرَاعِ لَمَّا وَجَبَ فيه القصاص؛ لأنَّ المماثلة فيه
غير ممكن.

وإذا كان ذلك على أَضْلِهِ صحيحًا فالذي خُلِقَ له قدمان في رِجْلٍ إذا قُطِعَ
أحدهما، فإن كان ذلك زائدًا وَقَدَمُهُ باقِي في موضعه يَمْشِي عليه، فالذي قُطِعَ
قَدَمٌ زائدٌ، فإن كان للجاني مثله أُقْصَ منه، وإلا فعليه فيه الحكومة لا يُبْلَغُ به
أرْش نصفِ قَدَمٍ، وإذا كانا مُتَسَاوِيَيْنِ في الْخِلْقَةِ قُطِعَ أحدهما فهذا مما لا يمكن
القصاص فيه، ففيه حكومة يُبْلَغُ بها نصف دِيَّةِ قَدَمٍ وزيادة لزيادة الْخِلْقَةِ، وإذا
قُطِعَا جميعًا ففيهما دِيَّةُ قَدَمٍ وزيادة حكومة لزيادة الْخِلْقَةِ، إلا أن يكون للجاني
مثله فيُقْتَصَّ منه ولا يُؤْخَذُ منه شيءٌ، وإن لم يكن له مثله أُخِذَ منه القصاص في
قَدَمِهِ وعليه زيادة حكومة مِنْ أَجْلِ زيادة الْخِلْقَةِ.

وليس كُلُّ شيءٍ فيه القصاص وَجَبَ في أبعاضه، ولا كُلُّ شيءٍ وَجَبَ فيه
أرْش تامُّ قُسْطَ على أبعاضه، ولكن يُنْظَرُ؛ فإن أُمِكنَ التَّقْسِيطُ قُسْطَ في القصاصِ
والأرْشِ، وإن لم يُمكن فلا قصاص في البعض، وذلك واجبٌ في الجميع، فلو
قُطِعَ نصفُ ذراعِهِ فأنْفَصَلَ لَمَّا وَجَبَ فيه القصاص، ولو عاد فقطعه من المرفق
لوجب عليه القصاص، سواءً قُطِعَ مَرَّةً أو مَرَّتَيْنِ، ولو عاد غيره فقطع ما بقي إلى
المرفق من الذراع لَمَّا وَجَبَ القصاص على الأول ولا على الثاني.

والأمر في القدمين على / ما ذكرنا أنهما إذا كانا مُتَسَاوِيَيْنِ ففي كُلِّ واحدٍ منهما (ب / ١٧٠)

حكمة من قدم حطب قدمه، وإلا تم خسارها وكانت ناعاً ما بقي من الأوتار
حكمة من لم يكن حذراً مثله، ولا تنفع حكمة من أرفق حطب قدمه وفي الثاني
من النصارى والأدعياء الذين ، والله أعلم.



(١) السيف مكدر الأمل، ومب في غيب في الهاجر (م م م) البقرة إلى أنه تمت في
الأمر المستعجل

سُئِلَ المِزْنِيُّ عَنْ «ذِكَاةِ الْجَنِينِ ذِكَاةُ أُمِّهِ» ^(١) مَا الْحُجَّةُ فِيهِ مِنْ جِهَةِ النَّظَرِ، لَا مِنْ جِهَةِ الْخَبَرِ؟

قَالَ الْمِزْنِيُّ: الْجَوَابُ عِنْدِي وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ أَنْ لَا يَكُونَ ذِكَاةُ نَفْسٍ ذِكَاةَ نَفْسَيْنِ، وَلَوْ كَانَتْ ذِكَاةُ أُمِّهِ إِذَا ذَكَّاهَا لَحَلَّ إِذَا خَرَجَ حَيًّا أَنْ يُؤْكَلَ؛ لِأَنَّهُ مُذَكِّي بِذِكَاةِ أُمِّهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قُتِلَتْ امْرَأَةٌ فَخَرَجَ جَنِينُهَا حَيًّا فَمَاتَ لَمْ تَكُنْ فِيهِ دِيَّةٌ؛ لِأَنَّ قَتْلَهُ قَبْلَ خُرُوجِهِ كَمَا ذِكَاةُ الْجَنِينِ ذِكَاةُ أُمِّهِ قَبْلَ خُرُوجِهِ، وَفِي إِجْمَاعِهِمْ عَلَى إِبْطَالِ ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ ذِكَاةَ أُمِّهِ لَيْسَتْ بِذِكَاةٍ لَهُ، وَلَا قَتْلُ أُمِّهِ قَتْلًا لَهُ.

وَلَا يَخْلُو الْجَنِينُ فِي حَالِ الذَّكَاةِ مِنْ أَنْ يَكُونَ حَيًّا فَمَاتَ فَهُوَ فِي مَعْنَى الْمَوْقُودَةِ وَالْمُتَرَدِّيةِ وَالنَّطِيحَةِ، أَوْ مَيِّتًا فَلَيْسَ فِي تَنْحِيَةِ مَيِّتٍ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ مَا يُوجِبُ غُرْمًا وَلَا حُكْمًا، وَلَوْ كَانَ جُزْءًا مِنْهَا لَلَزِمَ أَنْ لَوْ قَالَ لِأُمِّهِ: «جَنِينُكَ حُرٌّ» عَتَقَتْ كُلُّهَا، كَمَا لَوْ قَالَ: «جُزْءٌ مِنْكَ حُرٌّ» عَتَقَتْ كُلُّهَا.

وَلَوْ كَانَ مَعْنَاهُ مَعْنَاهَا لَمَّا جَازَ أَنْ تَمُوتَ هِيَ فَيَخْرُجَ حَيًّا إِلَّا حَلَّ أَكْلُهُ؛ لِأَنَّهُ / مُذَكِّي بِذِكَاةِ أُمِّهِ، فَلَمَّا كَانَتْ تَمُوتُ وَيَخْرُجُ حَيًّا لَهُ حَكْمُ نَفْسِهِ فِي الذَّكَاةِ وَيَخْرُجُ (١/١٧١) حَيًّا وَهِيَ مَيِّتَةٌ فَيَكُونُ لَهُ حَكْمُ نَفْسِهِ فِي الْقَتْلِ ثَبَتَ بِذَلِكَ أَنَّهُ غَيْرُهَا وَهِيَ غَيْرُهُ. وَقَدْ يَكُونُ الْجَنِينُ فِي حَالِ الذَّبْحِ لَمْ تُنْفَخْ فِيهِ الرُّوحُ، فَلَمْ يَكُنْ حَيًّا قَطُّ فَيَكُونُ لَهُ حَكْمُ الذَّكَاةِ.

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢٨٢٨) مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَأَخْرَجَهُ بِنَحْوِهِ أَبُو دَاوُدَ (٢٨٢٧) وَالتِّرْمِذِيُّ (١٤٧٦) مِنْ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخَدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَانْظُرِ «التَّلْخِصَ الْحَبِيرَ» لِلْحَافِظِ (٣٠٧٣/٦).

وفيما وَصَفْنَا دَلِيلَ عَلَى إِبْطَالِ تَأْوِيلٍ مِّنْ تَأْوِيلٍ فِي «ذَكَاتُهُ ذَكَاءُ أُمِّهِ» أَنَّهُ مُذَكِّي بِذَكَاتِهَا، فَقَدْ يَحْتَمِلُ ذَكَاتُهُ أَي: كَذَكَاءِ أُمِّهِ لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالذَّبْحِ كَأُمِّهِ، هَذَا مَا يَحْضُرُنِي وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.



قال أبو إسحاق:

الجواب

إِنَّ أَبَا إِبْرَاهِيمَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّمَا سُئِلَ عَنِ الْكَلَامِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى مَا يُوجِبُهُ النَّظَرُ لَا الْخَبَرُ، وَلَيْسَ كُلُّ مَا أَتَى بِهِ الْخَبَرُ يُوجِبُهُ النَّظَرُ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ رُبَّمَا أَتَى النَّصُّ بِخِلَافِهِ وَرُبَّمَا أَتَى مُوَافَقًا لَهُ، وَإِنَّمَا تَكَلَّمَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قَدِيمًا عَلَى ضَرْبَيْنِ: فَمِنْهُمْ مَنْ لَمْ يُصَحِّحِ الْخَبَرَ فَذَهَبَ إِلَى أَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ يَكُونَ الْجَنِينَ مَيْتَةً إِلَّا أَنْ يَخْرُجَ حَيًّا فَيُذَكِّي.

وَمِنْهُمْ مَنْ صَحَّحَ الْخَبَرَ فَقَالَ: ذَكَاءُ أُمِّهِ تُغْنِي عَنْ ذَكَاتِهِ.

فَأَمَّا أَنْ يُحْكِيَ عَنْ أَحَدٍ مِنْهُمْ أَنَّهُ صَحَّحَ الْخَبَرَ وَتَأْوِيلَ مَا تَأْوَلَهُ الْمَزْنِيُّ فَلَا نَعْلَمُهُ، وَذَلِكَ تَأْوِيلٌ مُسْتَكْرَرٌّ، خَارِجٌ عَنِ الْعَرَفِ فِي / الْمُخَاطَبَاتِ، غَيْرُ مَعْقُولٍ، وَهُوَ تَأْوِيلٌ فَاسِدٌ لَا تَجْهَلُهُ الْعَامَّةُ الَّتِي لَا فَهْمَ مَعَهَا فَضْلًا عَنِ الْخَاصَّةِ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ. (ب/ ١٧١)
وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا تَنَازُعَ بَيْنَ أَحَدٍ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا قَالَ: «لِسَانُ فُلَانٍ لِسَانِي، وَكَلَامُهُ كَلَامِي» إِلَّا^(١) أَنَّهُ أَلْزَمَ نَفْسَهُ مَا يَقُولُهُ وَأَنَّ^(٢) كَلَامَهُ يُغْنِي عَنْ كَلَامِهِ، وَلَوْ قَالَ قَائِلٌ: إِنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ: «كَلَامُهُ كَلَامِي» مَعْنَاهُ: كَلَامُهُ كَكَلَامِي، أَي: لَا يَلْزَمُنِي بِقَوْلِهِ شَيْءٌ

(١) كَذَا فِي الْأَصْلِ، ثُمَّ ضَرَبَ عَلَى الْهَمْزَةِ لِيَصِيرَ: «لَا»، وَهُوَ تَصْحِيفٌ يَقْلِبُ الْمَعْنَى.

(٢) كَذَا فِي الْأَصْلِ ثُمَّ حَوْلَ إِلَى: «فَإِنْ».

ما لم أتكلّم به = لجَهْلٍ في قوله هذا ويُسمّى صاحبه معيب^(١).

فكذلك قوله ﷺ: «زكاة الجنين زكاة أمّه» معناه: إنّ زكاة أمّه تُغني عن ذكاته ويَحِلُّ بذكاة أمّه، فأما أن يقول قائل: معناه: إنّ ذكاته كذكاة أمّه = فأي فائدة في هذا حتى يُحتاج فيه إلى نقل خبر؟^(٢) ولو كان قوله: «ذكاته زكاة أمّه» يوجب أن يُحتاج فيه إلى ذكاة كأُمّه لكان قولهم: «ليس ذكاته زكاة أمّه» يوجب أن تُغني ذكاة أمّه عن ذكاته، وهذا مما لا يقوله أحد، ومن المحال أن يكون معنى: «ذكاته زكاة أمّه» ومعنى: «ليس ذكاته زكاة أمّه» واحداً^(٣)، فإن كان «ذكاته زكاة أمّه» يوجب استئناف ذكاة له فقوله: «ليس ذكاته زكاة أمّه» يُسقط ذلك.

ولو تكلّم المزيّ من جهة النظر وترك / الخبر لكان ما قال مُحْتَمِلاً، فأما بعد
صِحّة الخبر فلا تأويله صحيح، ولا نظره مستقيم؛ لأنّ النظر والقياس إنّما يَقَعُ
على الأصول.

وعندنا أنّ النظر في ذلك يوجب ما أتى به الخبر؛ لأنّا وَجَدْنَا الذبائح في الأصلِ
مُخْتَلِفَةً، فقد رُوِيَ في الخبر جملة^(٤) أنّه قال: «الذكاة في الحلق واللّبة»^(٥). وعُقِلَ

(١) كذا في الأصل.

(٢) في الأصل هنا: «وهذا مما لا». وهي زيادة نشأت عن انتقال نظر، وسيأتي في موضعه قريباً.

(٣) في الأصل: «واحد».

(٤) يريد والله أعلم بالجملة العموم، وهو اصطلاح الشافعي المعروف في كلامه.

(٥) أخرجه البيهقي في «السنن الكبير» (رقم: ١٩١٥٢) من حديث سعيد بن جبیر، عن عبد الله بن

عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال: «الذكاة في الحلق واللّبة». ورواه البخاري (٩٣/٧) معلقاً في «باب

النحر والذبح». وأخرج أبو داود (٢٨٢٥) والترمذي (١٤٨١) والنسائي (٤٤٠٨) وابن ماجه

(٣١٨٤) من حديث حماد بن سلمة، عن أبي العشرَاء، عن أبيه، أنه قال: يا رسول الله، أما تكون

الذكاة إلا من اللّبة أو الحلق؟ قال: فقال رسول الله ﷺ: «لو طعنت في فخذها لأجزأ عنك».

أَنَّ ذَلِكَ فِي الْمَقْدُورِ عَلَيْهِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ غَيْرَ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ فَحَيْثُ لَحِقَ كَانَ ذَكَاتُهُ بِالْخَبَرِ، وَإِذَا صَحَّ أَنَّ الذَّبَائِحَ مُخْتَلِفَةٌ لِاخْتِلَافِ حَالِ الْمَذَكِّي، فَمَا ^(١) قُدِرَ عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَذْبَحَهُ إِلَّا مَنْ كَانَ مُسْلِمًا أَوْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ فِي الْحَلْقِ وَاللَّبَّةِ، وَمَا كَانَ غَيْرَ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ فَحَيْثُ لَحِقَ كَانَ ذَكَاتُهُ، وَقَدْ يَقْتُلُهُ الْكَلْبُ وَسَائِرُ الْحَيَوَانِ الْمَعْلَمَةِ فَيَحِلُّ أَكْلُهُ، وَإِذَا كَانَ أَصْلُ الذَّكَاءِ مُخْتَلِفًا ^(٢) فِي الْمَذَكِّيِّ وَفِي الْمَذَكِّي عَلَى حَسَبِ الْحَالِ أَوْ الْإِمْكَانِ جَازٍ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ ذَكَاءُ مَا يُوصَلُّ إِلَى ذَكَاتِهِ بِنَفْسِهِ لَا تَكُونُ بِذَكَاءٍ غَيْرِهِ، وَمَا لَا يُوصَلُّ إِلَيْهِ إِلَّا بِغَيْرِهِ فَذَكَاتُهُ ذَكَاءُ ذَلِكَ الْغَيْرِ؛ لِأَنَّهُ لَا طَرِيقَ إِلَيْهِ إِلَّا بِهِ، وَلَا يُمْكِنُ سِوَاهُ، وَهَذَا مَعْنَى قَوِيٌّ فِي مَعْنَى مَا أَتَى بِهِ الْخَبَرُ.

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: لَوْ كَانَ ذَكَاتُهُ ذَكَاءُ أُمِّهِ لَجَازَ إِذَا خَرَجَ حَيًّا أَنْ يُؤْكَلَ = فَعَلْطٌ، وَيُقَالُ لَهُ: (ب) لَوْ جَازَ أَنْ يَكُونَ قَتْلُ الْكَلْبِ ذَكَاتَهُ لَجَازَ إِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ / وَهُوَ حَيٌّ ثُمَّ مَاتَ أَنْ يَأْكُلَهُ؛ لِأَنَّ أَخْذَ الْكَلْبِ ذَكَاتَهُ، فَإِنْ قَالَ: إِنَّمَا جُعِلَ قَتْلُ الْكَلْبِ ذَكَاتَهُ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ قَبْلَ وَصُولِهِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْهُ، فَأَمَّا إِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ قَبْلَ مَوْتِهِ بَطَلَ حَكْمُ الْكَلْبِ وَثَبَتَ ذَكَاتُهُ بِنَفْسِهِ، وَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ فِي ذَكَاءِ الْكَلْبِ فَكَذَلِكَ ذَكَاءُ الْجَنِينِ ذَكَاءُ أُمِّهِ إِذَا خَرَجَتْ نَفْسُهُ بِذَبْحِ أُمِّهِ قَبْلَ وَصُولِهِ إِلَيْهِ، فَأَمَّا إِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ حَيًّا وَلَمْ يَمُتْ بِمَوْتِ أُمِّهِ فَحَكْمُهُ بِنَفْسِهِ، وَهَذَا كَحَالِ مَنْ خَالَفَنَا فِي الْمَرْأَةِ إِذَا ضَرَبَ بَطْنُهَا فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا فَحَكْمُهُ مُعْتَبَرٌ بِأُمِّهِ، وَإِذَا خَرَجَ حَيًّا اُعْتَبِرَ حَكْمُهُ بِنَفْسِهِ، وَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَقُولَ: إِنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ إِذَا خَرَجَ مَيِّتًا كَالْوَاجِبِ إِذَا خَرَجَ حَيًّا، بَلِ الْحَكْمَانِ مُخْتَلِفَانِ.

* وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِنَّ الْجَنِينَ إِذَا مَاتَ فِي بَطْنِ أُمِّهِ بِذَكَاءِ الْأُمِّ كَالْمَوْفُودَةِ وَالْمُتَرَدِّيةِ وَالنَّطِيحَةِ = فَلَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُتَرَدِّيةَ وَالنَّطِيحَةَ ثَبَتَ حَكْمُهُمَا فِي أَنْفُسِهِمَا،

(١) رَسْمُ الْأَصْلِ: «مَمَا».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «مُخْتَلَفٌ».

وَحَرِجَ إِلَى إِبْطَاتِ الذَّكَاءِ فِيهَا، فَإِذَا فَاتَ ذَلِكَ صَارَ مَيْتَةً، وَالْجَنِينُ فَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ حَرَكَةٌ فِي نَفْسِهِ، وَلَا وَجَبَ مَبَاشَرَةُ ذَكَاتِهِ؛ لِتَعَذُّرِ الْوُصُولِ إِلَيْهِ، فَلِذَلِكَ صَارَ حَكْمُهُ حَرَكَةُ أُمِّهِ.

• وَأَمَّا قَوْلُهُ: لَوْ كَانَ الْجَنِينُ جُزْءًا مِنْهَا لَوَجَبَ إِذَا قَالَ لِأُمِّهِ: «جَنِينُكَ حُرٌّ» أَنْ تَمْتَنَ كُلُّهَا = فَلَيْسَ ذَلِكَ بِلَازِمٍ؛ / لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلْأُمِّ^(١)، وَلَيْسَتْ الْأُمُّ تَابِعَةً لَهُ.

(١ / ١٧٣)

وَيُقَالُ لَهُ: لَوْ قَالَ لِأُمِّهِ: «أَنْتِ حُرَّةٌ دُونَ مَا فِي بَطْنِكَ» هَلْ يَنْفَعُهُ ذَلِكَ أَوْ يَعْتِقَانِ جَمِيعًا؟ فَإِذَا كَانَا يَعْتِقَانِ جَمِيعًا فَقَدْ عَلِمَ أَنَّ الْوَلَدَ تَابِعٌ لَهَا، وَكَذَلِكَ يَعْتِقُ بَعْتِقَهَا، فَكَذَلِكَ الْوَلَدُ تَابِعٌ لَهُ يَصِيرُ مَيْتًا إِذَا مَاتَتِ الْأُمُّ بِلا ذَكَاءٍ، وَيَصِيرُ مُذَكِّيًّا بِذَكَاءِ الْأُمِّ، وَلَا يَلْزَمُ عَلَى ذَلِكَ أَنْ تُتْبِعَهَا الْأُمُّ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِتَابِعَةٍ لَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.



(١) فِي الْأَصْلِ: «لَأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْأُمِّ»، ثُمَّ كُتِبَ فَوْقَهُ: «نَه ... بَع» إِشَارَةً إِلَى التَّصْحِيحِ.

٥٠ مسألة [من حلف على فعل شيء مطلقاً فأكراه أو فعله ناسياً]

قال المزني: قال الشافعي رَحِمَهُمُ اللَّهُ في رجلٍ حَلَفَ: «لَيَذْبَحَنَّ هذه الشاة» أو: «لَيَشْتَرِيَنَّ بهذا الدينار قمحاً» أو: «يَشْرَبَنَّ ما في هذا الكوز» فقام مُبادِراً إلى ما حَلَفَ عليه غيرَ مُقَصِّرٍ، ففاته ذلك من غيرِ تفريطٍ: إِنَّه لَا حِنْثَ عليه في نحو ذلك، وذكرَ أَنَّ ذلك من الإكراه.

قال المزني: الجوابُ عندي وبالله التوفيق أَنَّ هذا حانثٌ؛ لأنَّه عَقَدَ يمينَه بمعنى مختاراً لليمينِ غيرِ مُكْرَهٍ عليها، فليس هذا من الإكراه في شيءٍ، أَرَأَيْتَ رجلاً حَلَفَ: «لَا يُكْرِهُهُ أَحَدٌ»، فأكْرَهَهُ رجلٌ، أَمَا كَانَ يَحْنُثُ؟ أَوَرَأَيْتَ لو حَلَفَ أَن لَا يُمَطِّرَ اليومَ، فأمطَرَ، أَلَيْسَ يَحْنُثُ به وإن لم يكن له سبيلٌ إلى البرِّ؟

وإنَّما الإكراهُ الموضوعُ عن المَكْرَهَةِ أَن يُحْمَلَ على يمينٍ بطلاقٍ أو عِتاقٍ أو غيرِ ذلك على الإكراهِ وَقَلْبُهُ مَمْتَنِعٌ غيرُ مُرِيدٍ لِمَا / أَكْرَهَ عليه مِنَ اليمينِ، قال الله جل ثناؤه: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦]، فَإِنَّمَا الإكراهُ في الأيمانِ أَن يُكْرَهَ عليه مُجْبِراً، فأَمَّا الذي يَخْلِفُ مريداً مختاراً فلا يكونُ ما حَلَفَ عليه = فهو حانثٌ عندي؛ لأنَّه طَلَّقَ بصفةٍ فَيَلْزَمُهُ الطلاقُ بتلك الصفةِ، وحَلَفَ على صفةٍ فلم تَكُنْ تلك الصفةُ فهو حانثٌ، وليس هذا الإكراهُ عندي^(١).



(١) انظر «المختصر» للمزني (الفقرتين: ٣٦٣١-٣٦٣٢).

قال أبو إسحاق:

الاجواب

إِنَّ مَنْ حَلَفَ عَلَى فَعْلٍ شَيْءٍ مُّطْلَقًا^(١) فَأُكْرِهَ أَوْ فَعَلَهُ نَاسِيًا فَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ:

فأحد قوليّه: ما اختاره المزيّ من أن الحِنْثَ واقعٌ؛ لأنّ يمينه مُطْلَقٌ، وقد كان يُمكنه أن يَسْتَشْنِي فيه الإكراه والنسيان فيكونا خارجين عن يمينه، فلمّا لم يفعل كان جميع ذلك داخلا في الإطلاق.

وهذا فرقٌ من يُفَرِّقُ بين ابتداء اليمين ناسيًا أو مُكْرَهًا فيكون ذلك من لغو اليمين قولاً واحداً^(٢) وبين أن يحلف مختاراً، وذلك أن الحالف ناسيًا أو المكره على اليمين لم يُمكنهما التَّحَرُّزُ مما جرى باستثناء ولا بغيره، فلذلك أُخْرِجَ الإكراه عن يمينه، وكذلك المكره على الكفر لم يَجِرْ ما جرى باختياره ولا أمكنه التَّحَرُّزُ ولا الاستثناء، فلذلك زال الحكم عنه، فأما الحالف / مختاراً فقد كان يُمكنه (١٧٤ / ١) إدخال شرطٍ واستثناءٍ يُخْرِجُ به الإكراه والنسيان من يمينه، فلمّا أمكنه التَّحَرُّزُ بأن يقول: «والله لا فعلتُ كذا إلّا ناسيًا أو مُكْرَهًا» فلم يفعلْ مع الإمكان حِنْثَ وجُعِلَ لفظه على إطلاقه، وهذا فرقٌ صالحٌ إن شاء الله.

والقول الثاني - وهو المشهور من قول الشافعي، والأصح من القولين إن شاء الله على مذهبه وعلى مذاهب عامة أهل العلم - : أن لا حِنْثَ عليه في الإكراه والنسيان، وذلك أن مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ الذي لا نَعْلَمُ أن المزيّ خالفه فيه أن الأيمانَ محمولةٌ على العُرفِ، وليس من العُرفِ اليمينُ على النسيان، بل العُرفُ

(٢) في الأصل: «قول واحد».

(١) في الأصل: «مطلق».

والعادةُ أنَّ الأيمانَ تَخْرُجُ على الذِّكْرِ والقَصْدِ، وإذا كان هذا مذهبه وكان النسيانُ خارجاً عن العُرْفِ لم تَتَعَقَّدِ اليمينُ عليه، وَخُصَّ اللَّفْظُ بِالْعُرْفِ، فهذا المذهبُ هو المشهورُ مِنْ قَوْلِهِ.

فإن قيل: لو أراد ذلك لاسْتَشْنَى = قيل: لو فَعَلَ ذلك لكان أَوْكَدَ، وقد يجوزُ أن يكونَ تَرْكُهُ ذِكْرَ ذلك اكتفاءً بما يُوجِبُهُ العرفُ، ولو بَطَلَ ذلك مِنْ أَجْلِ ما ذَكَرَهُ لَبَطَلَ كُلُّ تَخْصِيصٍ خَصَّ الشافعيُّ اليمينَ مِنْ أَجْلِ العرفِ؛ لأنَّ جميعَ ذلك لو أرادَ أن يَشْتَرِطَ أو يَسْتَشْنَى لَفَعَلَ ذلك، فلما كان الذِّكْرُ أَوْكَدَ وإذا لم يُذَكَّرْ لم يَبْطُلِ التَّخْصِيصُ بِالْعُرْفِ فكذلك لو اشْتَرِطَ خُرُوجَ النسيانِ والإِكْرَاهِ لكان أَوْكَدَ / وإذا أُسْقِطَ ذلك ففي العُرْفِ كفايةٌ، ألا ترى إلى قوله: ﴿فَمَنْ لَمْ يَحْدِ فَصِيَّامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتَ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فلو سَكَتَ على ذلك لكان العددان عشرةً، وحيثُ نَصَّ على العشرةِ كان أَوْكَدَ.

وإذا كان الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ إِنَّمَا أَخْرَجَ ذلك مِنْ يمينِهِ مِنْ أَجْلِ العُرْفِ لم يَلْزَمُهُ إذا أَدْخَلَهُ فِي يمينِهِ نَصًّا أَنْ لَا يَحْنُثَ بِهِ؛ لأنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ خُصَّ اليمينُ مِنْ أَجْلِ العرفِ إذا اشْتَرِطَ صاحِبُهُ لفظاً أو نيةً أَنَّ ما خَرَجَ عن العُرْفِ داخلٌ في يمينِهِ فهو داخلٌ، وإِنَّمَا يَخْرُجُ إذا أَطْلَقَ اللفظَ، فأَمَّا إذا نَصَّ عليه خالفَ لفظُهُ العُرْفَ، واللفظُ إذا خالفَ العُرْفَ فاللفظُ هو المعمولُ عليه.

وكذلك قَوْلُهُ: «والله لأشربنَّ جميعَ ماءِ النَّيلِ»، أو حلفَ على أن يَصْعَدَ السَّمَاءَ في ذلك اليومِ، فليس في ذلك نسيانٌ ولا إِكْرَاهٌ، ولا هو لفظٌ يُمَكِّنُ التَّخْصِيصَ بِالْعُرْفِ، وإِنَّمَا هو يمينٌ يُعْلَمُ أَنَّ الحِنْثَ يَلْحَقُهُ بَعْجُزُهُ عما عُقِدَ عليه، وأَمَّا ما يُمَكِّنُ فَعَلُهُ وقد يجوزُ أن يَعْجِزَ عنه ويجوزُ أن يَنْسَاهُ فاحْتَمَلَ الوجهَيْنِ حُمِلَ على العُرْفِ، ولم يَدْخُلْ في يمينِهِ الإِكْرَاهُ ولا النسيانُ.

وقد قيل: في المسألة على قول الشافعي رَحِمَهُ اللهُ وجهٌ آخر، وهو أن أصل الشافعي أن الإيمان والنذور يَحْمِلُهُما على عُرْفِ الناس في مخاطباتهم إلا ما كان لله في نظيره نص، فما تَقَدَّمَ لفظُ الله عَزَّجَلَّ به وعُرِفَ أنه / أراد شرطاً كان كلامُ (١/١٧٥) الآدميين محمولاً عليه، ولذلك قال فيمن أوصى بثُلثه في الرقاب أنه في المكاتبين، وإذا أوصى بعَتَقِ رقية جُعِلَتْ مؤمنة، فلم يَلْتَفِتْ إلى عُرْفِ الناس فيما هذا وصفه. وإذا كان هذا هكذا، وقد نصَّ الله جل وعز في موضع أن مُرادَه في جميع المواضع الذي ذَكَرَ الكفر فيه مطلقاً أن يكون غير مُكْرَه، فأما إذا كان مُكْرَهاً عليه فهو خارج عن مُرادِه، ولا يُسْتَحَقُّ به اسمُ الكفر = حُمِلَ على ذلك عَقْدُ عَقْدَه من يمين أو نذر أو وصية، فأُخْرِجَ النسيان والإكراه منه لإخراج الله عَزَّجَلَّ. وهذه المسألة يُكثِّرُ الكلامُ فيها، وإنما ذَكَرْنَا ما أَوْمَأَ إليه المزنيُّ في الطعن على الشافعي، والمسألة مذكورة في «كتاب الإيمان» مُسْتَقْصَاةً، والله أعلم وأحكم.



آخِرُ «كِتَابِ التَّوَسُّطِ» الَّذِي أَمْلَاهُ بِمِصْرَ.

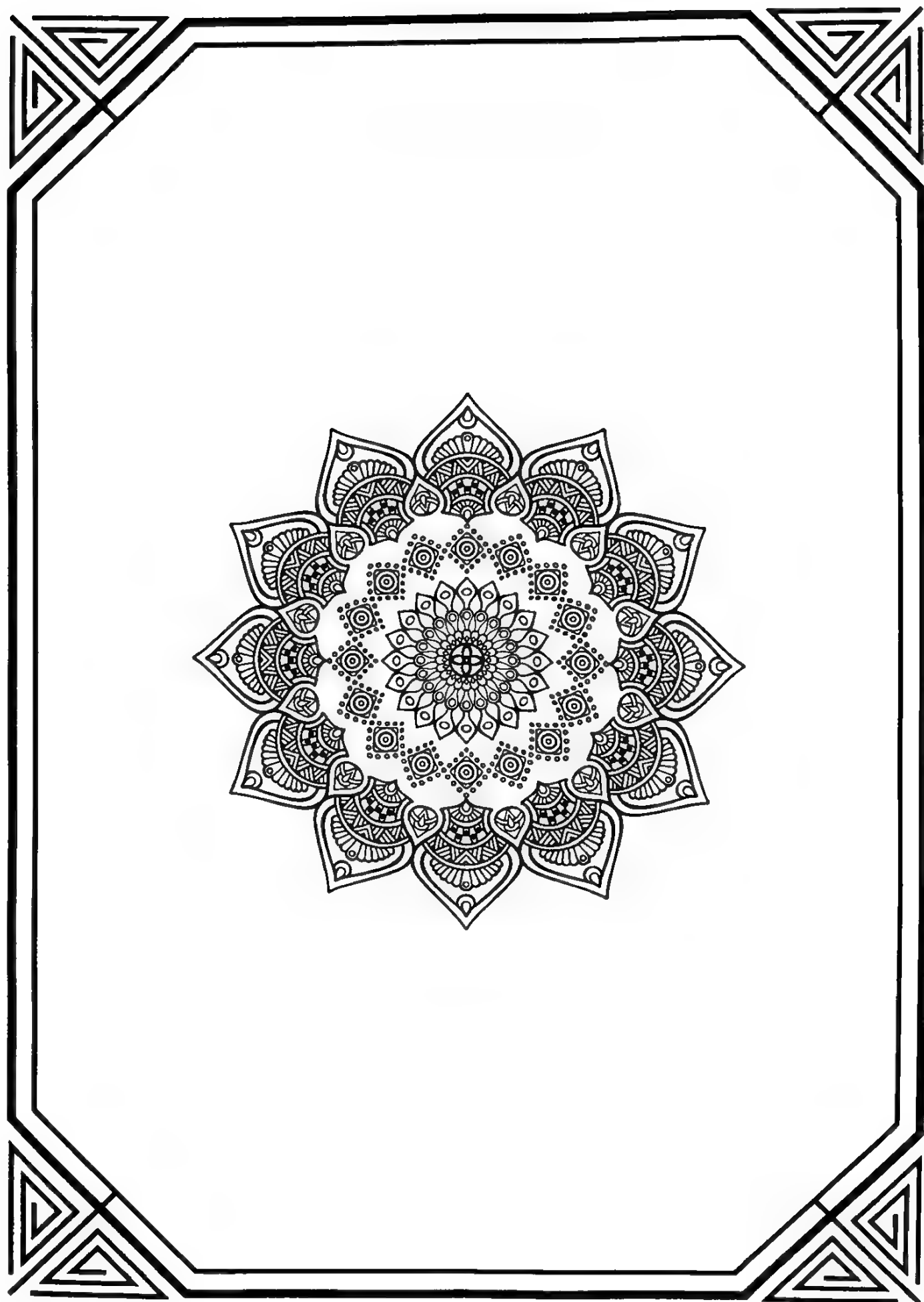
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ

النَّبِيِّ وَآلِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا.

نَقَلَ مِنْ نَسْخَةِ سَقِيمَةٍ جَدَا،

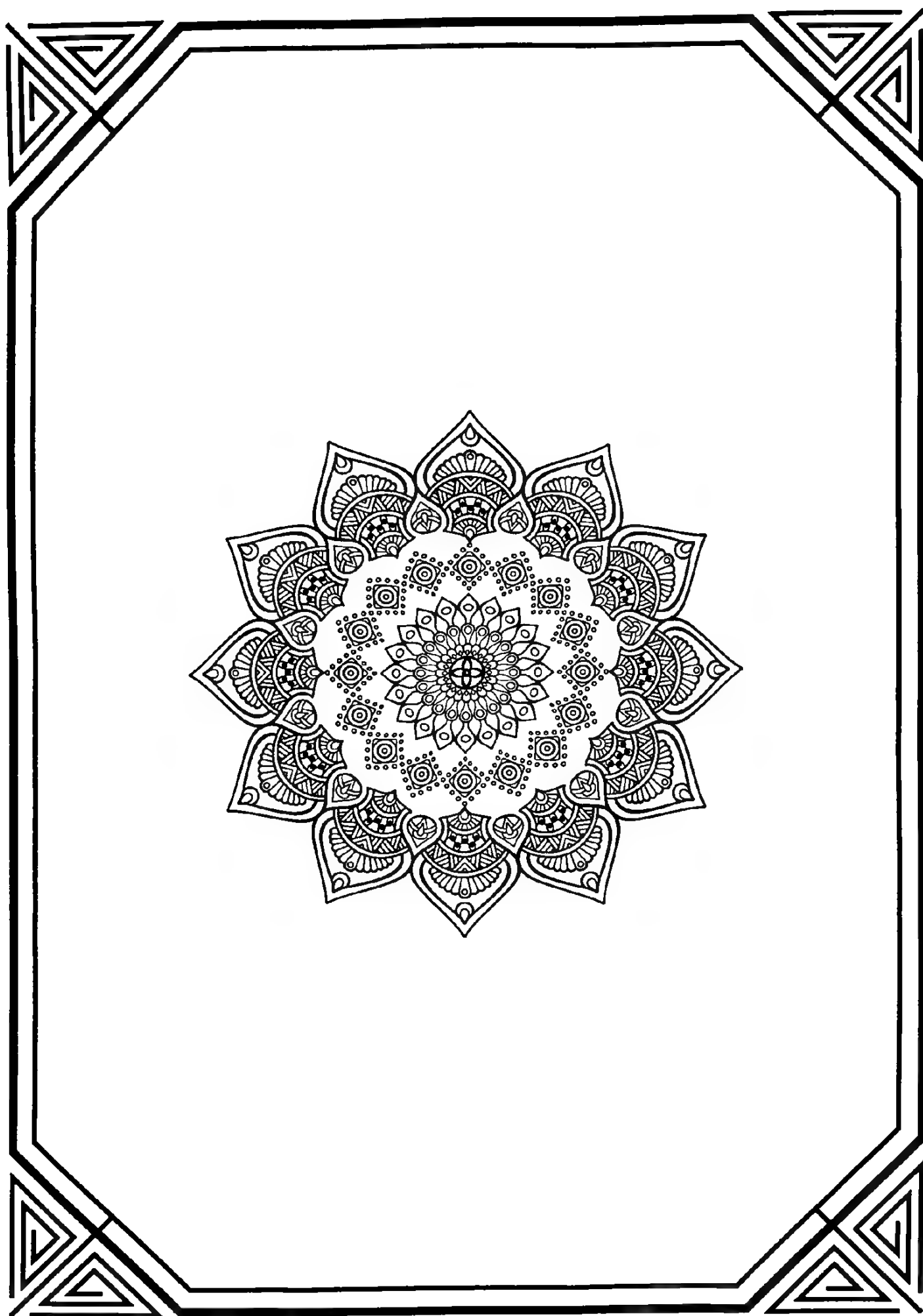
وَعُورِضَ بِهَا^(١).

(١) آخر ما في الأصل المخطوط، وقد تم ضبط نص الكتاب وتصحيحه مقابلة بالأصل ليلة عيد الفطر من سنة ١٤٤٣ هـ، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.





الفهارس العامة



(فهرست القواعد الأصولية)

٧٨	يجوز بدلائل الأصول اجتماع التحريم من جهات في شيء واحد وأن يتعقب التحريم تحريمًا.
٩٣	كُلُّ مجتهدٍ مصيبٌ.
١٠٦	الاجتهادُ يُؤدِّي إلى معنى واحد وهو المطلوب الذي قرَضَ الله طَلَبَهُ، فربَّما صادفه بأن يُوفِّقه الله له، وربَّما أخطأه فيكون معذورًا في خطائه غير مؤاخَذ به، وربَّما سُمِّحَ له في الاختساب له بفرضه مع خطائه، وربَّما غلُظَ عليه فلم يُحتَسَبْ له بفرضه، على حسب دلائل الأصول.
١٠٩	إنَّ غيرَ البالغ قد يلزَمُه بعضُ الفرائض كما يلزَمُ الأحرار في بدنه وماله.
١٢١	الجمع بين الشيئين في الحكم لا يُوجب اجتماعهما في المعنى، والقياس إنما يَقَعُ على المعاني، لا على الألفاظ.
١٣٦	كُلُّ خبرٍ فإنَّما يُنْقَلُ لمقصدٍ في نقله، فيذكر المقصودُ ويُسَكَّتُ عمَّا عداه، ومثُلُ ذلك كثيرٌ في الكتاب والسنة بما لو ضُرِبَ ظاهرُ بعضه ببعضٍ لتناقض وتنافي، ولكنَّ سبيلَ ذلك أن يُحْمَلَ بعضه على بعضٍ، ويُبيَّن بعضه المراد في بعضٍ، ويُوجب بعضه تخصيص بعضٍ، حتَّى يُحْمَلَ جميعُ ذلك على الاتفاق، ويتنفي عنه التعارض والاختلاف.
١٣٩	ليس كُلُّ شيءٍ يُحتاجُ إليه في أحكام البيوع وغيرها يُوجدُ مذكورًا في الخبر نصًّا، ولكن ربما وُجِدَ بعضُ ذلك مذكورًا، ووُجِدَ بعضُ ذلك مدلولًا عليه.
١٥٠	إنَّ مذهبَ الشافعيِّ إيثارُ الحقِّ عن التقليدِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

١٦٤	وَكُلُّ ظُلَامَةٍ لَمْ يُتَخَلَّصْ مِنْهُ إِلَّا بِأَضْعَافٍ ضَرَرِهِ لَمْ يُتَخَلَّصْ مِنْهُ.
١٦٨	وَالانتِقَالُ إِلَى الْأَبْعَدِ مَعَ وُجُودِ الْأَقْرَبِ لَا وَجَهَ لَهُ.
١٨٤	وَإِذَا احْتَمَلَ قَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا بِهِ شَبِيهٌ وَالْآخَرُ بَعِيدٌ مِنْ شَبَهِهِ كَانَ مَا أَشْبَهَهُ أَحَقَّ بِنَا فِيهِ، وَعَلَى الْمُسْلِمِينَ جَمِيعًا إِذَا احْتَمَلَ الْخَبْرُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا: مَسْخُوطٌ، وَالْآخَرُ: مَحْمُودٌ، أَلَّا يُحَقَّقَ عَلَيْهِ إِلَّا الْمَحْمُودُ.
٢٣٥ و ٢٤١	وَسَبِيلُ مَا أُجْمِعَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُلْتَفَتَ فِيهِ إِلَى الْقِيَاسِ كَمَا لَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ مَعَ النَّصِّ، وَسَبِيلُ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ أَنْ يُرْجَعَ إِلَى الْقِيَاسِ.
٢٤٤	لَا مَدْخَلَ لِلْقِيَاسِ مَعَ الْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ رُبَّمَا وَقَعَ مُوَافِقًا لِلْقِيَاسِ وَرُبَّمَا وَقَعَ مُخَالَفًا لَهُ، كَمَا يَأْتِي النَّصُّ مُوَافِقًا لِلْقِيَاسِ تَارَةً وَمُخَالَفًا لَهُ تَارَةً، وَلَا مَدْخَلَ لِلْقِيَاسِ مَعَ النَّصِّ، وَكَذَلِكَ الْإِجْمَاعُ أَقْوَى مِنَ الْقِيَاسِ، وَلَا مَدْخَلَ لِلْقِيَاسِ مَعَهُ إِذَا خَالَفَ الْإِجْمَاعُ الْقِيَاسَ.
٢٤٥	لَيْسَ كُلُّ مَنْ لَحِقَ حُكْمُهُ حُكْمَ غَيْرِهِ فِي مَعْنَى مِنَ الْمَعَانِي وَجَبَ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ حُكْمَهُ فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ لَكَانَ مَنْ أَلْحَقَ مَسْأَلَةً فِي الصَّلَاةِ بِالزَّكَاةِ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى يَلْزُمُهُ أَنْ يُلْحِقَهُ بِالزَّكَاةِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهَا، وَذَلِكَ غَيْرُ لَازِمٍ عِنْدَ الْجَمِيعِ، وَإِذَا بَطَلَ ذَلِكَ صَحَّ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ الْمَعْنَى، فَإِنْ أَوْجَبَ الْمَعْنَى الْجَمْعَ جُمِعَ، وَإِنْ أَوْجَبَ التَّفْرِيقَ فُرِّقَ.
٢٥٠	إِنَّمَا فَسَادُ الْعِلَّةِ أَنْ يَرَى عِلَّةً أَصَحَّ مِنْهَا، فَأَمَّا أَنْ يَتَعَذَّرَ عَلَيْهِ أَنْ يَرَى عِلَّةً أَصَحَّ مِنْهَا فَيُعَلِّقَهُ بِتَخْصِيصِ الْعِلَّةِ مِنْ أَجْلِ أَصْلٍ مِنَ الْأُصُولِ = لَا وَجَهَ لَهُ.

٢٥٠	هذه أصولٌ مُخْتَلِفَةٌ، لا يجوزُ أن يُضْرَبَ بعضها ببعضٍ، ولا أن يُرَدَّ فرعُ أصلٍ إلى أصلٍ غيرِه، وإنَّما يُبْنَى فرعُ كُلِّ أصلٍ على أصلِه، فأما أن تُضْرَبَ المَوارِثُ بالنكاحِ ويُضْرَبَ النكاحُ بالصلاةِ على المِيتِ وهي أصولٌ مُخْتَلِفَةٌ = فهذا عبثٌ لا يجوزُ على مذهبِ أحدٍ
٢٥٢	أنَّ كُلَّ أَصْلٍ مِنْ ذَلِكَ لَهُ طَرِيقٌ، إِلَيْهِ قُصِدَ وَعَلَيْهِ تُبْنَى فُرُوعُهُ، وَأَنَّ مَنْ خَالَفَ ذَلِكَ وَضَرَبَ الْأَصُولَ بِبَعْضِهَا بَعْضٌ فَهُوَ الْمَخْلُطُ لَا الشَّافِعِيُّ، فَافْهَمُوا هَذِهِ الْأَصُولَ وَاخْتِلَافَهَا، لِيَسْقُطَ عَنْكُمْ مَوْزُونَةُ الْحَاقِ الْفُرُوعِ بِغَيْرِ أَصُولِهَا، فَتُخَلِّطُوا كَمَا خَلَطَ الْمَزْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي ضَرْبِهِ الْأَصُولَ بِبَعْضِهَا بِبَعْضٍ مَعَ مَعْرِفَتِهِ بِاخْتِلَافِهَا، وَاللَّهُ يَرْحَمُنَا وَإِيَّاهُ.
٢٨١	إِنَّمَا يَقَعُ الْقِيَاسُ عَلَى الْأَصُولِ، فَإِذَا كَانَتْ الْأَصُولُ مُخْتَلِفَةً اخْتَلَفَ الْقِيَاسُ، وَبُنِيَ عَلَى كُلِّ أَصْلٍ مِنْ ذَلِكَ مَا يُشَبِّهُهُ، وَقَدْ يَتَسَاوَى الشَّيْئَانِ فِي الْحُكْمِ وَمَعْنَاهُمَا مُخْتَلِفٌ.
٢٩٩-٢٩٨	وإنَّما يجوزُ بعدُ ثُبُوتِ الْأَصْلَيْنِ أَنْ يُلْحَقَ الْفَرْعُ بِأَحَدِهِمَا بِأَنْ يَكُونَ فِي الْأَصْلِ مَعْنَى يُلْحَقُ بِهِ ذَلِكَ الْفَرْعُ، وَلَا يَكُونَ ذَلِكَ الْمَعْنَى مَوْجُودًا فِي الْأَصْلِ الْآخَرِ، فَأَمَّا إِطْلَاقُ اللَّفْظِ بِأَنَّ الْمُسْتَقْبَلَ كَالْمُسْتَدْبِرِ بَلَا مَعْنَى يَجْمَعُهُمَا مَعَ وُجُودِ الْأَصْلَيْنِ فَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ.
٣١٨	إِنَّ رُخْصَ اللَّهِ عَزَّجَلَّ وَتَخْفِيفَهُ إِنَّمَا وَقَعَ فِي الْمَطِيعِينَ وَفِيمَنْ لَمْ يَرْتَكِبْ مُحْظُورًا، فَأَمَّا مَنْ كَانَ عَاصِيًا مُقِيمًا عَلَى مَا يُسْخِطُ اللَّهَ عَزَّجَلَّ فَقَدْ نَصَّ عَزَّجَلَّ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ سَبِيلًا لِلِإِبَاحَةِ وَلَا لِلتَّخْفِيفِ.
٣٢٧	إِنَّ الْحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ مِنْ طَرِيقِ الْمَعَانِي مَعَ اتِّفَاقِ الْمَعَانِي وَلَا يَتَّفِقُ مَعَ اخْتِلَافِ الْمَعَانِي، وَلَكِنْ يَتَّفِقُ لَا تَفَاقِ الْمَعَانِي وَيَخْتَلِفُ لَا اخْتِلَافِ الْمَعَانِي

<p>٣٥١</p>	<p>كَلَامُ النَّاسِ فِي مُخَاطَبَاتِهِمْ وَكُتُبِهِمْ إِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى مَا يُعْقَلُ فِي مَقَاصِدِهِمْ، فَقَدْ تَسْتَوِي الْأَلْفَاظُ فِي ذَلِكَ وَتَخْتَلِفُ مَقَاصِدُهُمْ، فَيُحْمَلُوا فِي ذَلِكَ عَلَى مَقَاصِدِهِمْ، لَا عَلَى الْمَطْلُوقِ مِنَ الْأَفَاطِهِمْ.</p> <p>أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ قَدْ أَطْلَقَ الْأَفَاطَ فِي أَشْيَاءَ مُخْتَلِفَةٍ الْمَعَانِي مُتَّفَقَةٍ الْأَلْفَاظِ، فَعُقِلَ فِي بَعْضِ ذَلِكَ أَنَّ مَرَادَهُ فِي التَّحْدِيدِ أَنْ لَا يُزَادَ عَلَيْهِ، وَمَنْ نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ كَانَ مُخْسِنًا، وَفِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ مَرَادُهُ أَنْ لَا يُنْقَصَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا، وَمَنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ كَانَ مُخْسِنًا، وَفِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ لَا يَجُوزُ مُخَالَفَةُ اللَّفْظِ فِي التَّحْدِيدِ لَا بِزِيَادَةٍ وَلَا بِنَقْصَانٍ، وَاللَّفْظُ فِي الْجَمِيعِ وَاحِدٌ، وَالْمَعْنَى مُخْتَلِفٌ عَلَى حَسَبِ مَا عُقِلَ مِنْ مَرَادِهِ عَزَّوَجَلَّ، فَكَذَلِكَ خُطَابُ الْأَدَمِيِّينَ إِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى مَا يُعْقَلُ فِي مَقَاصِدِهِمْ، فَرُبَّمَا وَقَعَ التَّحْدِيدُ وَقَصْدُهُ أَنْ لَا يُزَادَ عَلَى مَا حَدَّ، وَرُبَّمَا كَانَ قَصْدُهُ أَنْ لَا يُنْقَصَ، وَرُبَّمَا كَانَ قَصْدُهُ أَنْ لَا يُزَادَ وَلَا يُنْقَصَ، وَقَدْ حَصَلَتِ الْفَائِدَةُ فِي الْجَمِيعِ فِي التَّحْدِيدِ وَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْمَعَانِي، وَسُقُوطُ الْفَائِدَةِ فِي التَّحْدِيدِ أَنْ يَقَعَ التَّحْدِيدُ فِي شَيْءٍ ثُمَّ تَكُونَ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ وَالنَّقْصَانُ مِنْهُ وَاحِدًا، وَفِي ذَلِكَ سَقُوطُ الْفَائِدَةِ فِي التَّحْدِيدِ، وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ مِنَ الْوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَا فَقَدْ حَصَلَتِ الْفَائِدَةُ فِي كُلِّ وَجْهِ مِنْ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَتِ الْفَوَائِدُ مُخْتَلِفَةً.</p>
<p>٣٥٦</p>	<p>إِنَّ التَّحْدِيدَ فِي الْأَشْيَاءِ مَعْقُولٌ، وَإِنَّمَا يُحْمَلُ ذَلِكَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْخُطَابِ وَعَلَى حَسَبِ الْمَقْصِدِ فِي ذَلِكَ.</p> <p>فَمِنْهَا: مَا يَقَعُ التَّحْدِيدُ لِأَنْ لَا يُنْقَصَ مِنْهُ، فَإِذَا زَادَ صَاحِبُهُ كَانَ مُخْسِنًا.</p> <p>وَمِنْهَا: مَا يَقَعُ التَّحْدِيدُ بِأَنْ لَا يُزَادَ عَلَيْهِ، وَإِذَا نَقَصَ صَاحِبُهُ كَانَ مُخْسِنًا.</p> <p>وَمِنْهَا: مَا يَقَعُ التَّحْدِيدُ فِي الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ، فَلَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهَا وَلَا النَّقْصَانُ مِنْهَا.</p>

واللفظ في جميع ذلك واحد، ولكن يُجْرَى ذلك على ما قُصِدَ الخطابُ له. وهذا يدلُّ على أنَّ هذه أمورٌ معقولةٌ معروفةٌ المقاصدِ، فيُحْمَلُ خطابُ الناسِ فيها على مقاصدِهِم، فتُخْتَلَفُ الأحكامُ فيها لاختلافِ المعاني والمقاصدِ وإنِ اللفظُ واحدٌ، ومن أراد حَمْلَ ذلك على ما يُوجِبُه اللفظُ عنده على وجهٍ واحدٍ وجد قوله مخالفاً للكتاب والسنة ولمخاطبات الناس؛ لأنَّ الله عَزَّجَلَّ قد حَدَّ أشياء قَضَدَهُ أن لا تُنْقَصَ، وقد حَدَّ أشياء قَضَدَهُ أن لا تُزَادَ، وقد حَدَّ أشياء قَضَدَهُ أن لا تُزَادَ ولا تُنْقَصَ، واللفظُ في الجميع واحدٌ، والمرادُ مُخْتَلَفٌ لاختلافِ المعاني والمقاصدِ، فكذلك ألفاظُ الآدَمِيِّين تُحْمَلُ على مقاصدِهِم فيما تُعَرَفُ مقاصدُهُم فيه، وما لم تُعَرَفْ مقاصدُهُم فيه حُمِلُوا على الغالبِ من مخاطباتِهِم، فإن لم يكن لهم في ذلك غالبٌ اسْتُعْمِلَ منه ما يُتَّفَقُ وأُسْقِطَ ما عداه إذا لم يكن عليه دليلٌ، فأما خطابُ الله عَزَّجَلَّ في شرائعِهِ فلا سبيلَ إلى إسقاطِهِ، ولا يجوزُ أن لا يُعَرَفَ معناه ولا مراده، ولا يَخْلُو ذلك من دليلٍ يُبَيِّنُهُ لِيُحْمَلَ على دليلِهِ، وأما كلامُ الآدَمِيِّين فقد يَثْبُتُ وقد يَسْقُطُ، فما وُجِدَ عليه دليلٌ اسْتُعْمِلَ، وما لم يُوجَدَ عليه دليلٌ أُسْقِطَ.

المقايِسَةُ إِنَّمَا تَقَعُ في خطابِ الله تعالى، فأما ما في ألفاظِ الآدَمِيِّين فالفاظُهُم وما يُوجِبُ كلامُهُم فلا مَدْخَلَ للقياسِ في ذلك، وإِنَّمَا يَلْزَمُهُم من ذلك ما يُوجِبُهُ لفظُهُم، وما خَرَجَ عن اللفظِ فغيرُ لازمٍ وإن كان معناه معنى ما لَفَظَ به، وإِنَّمَا تَدْخُلُ المعاني في تخصيصِ ما لَفَظَ به، فأما في تَخْطِي المَسْمَى إلى غيرِهِ فذلك عنده غيرُ جائزٍ، ومن أجلِ ذلك خالف مالِكاً رَحِمَهُ اللهُ في حَمْلِ الأيمانِ على الأسبابِ؛ لأنَّ مَنْ حَمَلَهَا على الأسبابِ تَخْطَى المَسْمَى إلى غيرِهِ، وذلك غيرُ جائزٍ عنده، وفي خطابِ الشريعةِ رَبِّمَا أَدَّى المعنى إلى تخصيصِ اللَّفْظِ، وَرَبِّمَا أَدَّى إلى التَّخْطِي إلى غيرِهِ، والكلامُ في ذلك مذكورٌ في «كتاب الشرح» في موضِعِهِ.

	<p>فإذا كان هذا أصل الشافعي رَحِمَهُ اللهُ الذي لا نعلم أنَّ المزنيَّ خالفه فيه فمن أين يُلْزَمُه المقايِسة من جهة المعاني؟ وصَحَّ أنَّ هذه ألفاظُ رَبُّمَا اتَّفَقَت المعاني فيها ورُبُّمَا اِخْتَلَفَتْ، فسبيلُ جميعِها أن لا يُتَخَطَّى اللفظُ إلى غيرِه، ونُظِرَ فيما دَخَلَ في لفظِه فحُمِلَ على عُرْفِ الناسِ في مخاطباتِهم وفي كلامِهم، فما أَوْجَبَ الاختلافَ اِخْتَلَفَ، وما اتَّفَقَت المعاني فيها جُمِعَ بين أحكامِها، وما خرج عن اللفظِ لم يُلْزَمَ إلَّا بدليلٍ من قائلِه أو اعترافٍ أنَّه أرادَه، فأما إلزامُ ذلك من جهة اتِّفاقِ المعاني بلا دليلٍ من قائلِه فغيرُ لازمٍ</p>
<p>٣٦٠</p>	<p>بين أصحابنا في [حَمَلِ كلامِ الناسِ على ما تُوجِبُه اللُّغةُ وإن لم يَجْرِ بذلك عُرْفُ بين الناسِ في مخاطباتِهم] اختلافٌ:</p> <p>فمنهم مَنْ يُطْلِقُ اللَّفْظَ في أنَّ ذلك لا يُلْزَمُ إلَّا فيما جَرى به العُرْفُ في مخاطباتِ الناسِ، ولا يُلْزَمُ ما تُوجِبُه اللُّغةُ من أجلِ رفعٍ أو نصبٍ، وأنَّ الناسَ في ذلك شَرَعُوا واحدًا العالمُ باللُّغةِ والجاهلُ به؛ لأنَّ التَّمْيِيزَ بين أحوالهم في معرفة اللُّغةِ لا يُضْبَطُ.</p> <p>ومن أصحابنا مَنْ ذَكَرَ أَنَّ الشافعيَّ إِنَّمَا اِخْتَصَرَ بالمَقَرِّ على درهمين إذا قال: «له عندي أو عليّ كذا وكذا درهمًا أو دينارًا» إذا كان من العامة الذين لا يعرفون أَمْرَ اللُّغةِ، فأما إذا خرج ذلك ممن يَعْرِفُ ما تُوجِبُه اللُّغةُ حُكِمَ عليه اِثْنَانِ وعَشْرُونَ على ما تُوجِبُه اللُّغةُ.</p> <p>وعلى الأوَّلِ الأكثرِ من أصحابنا، والثاني محتملٌ، والله أعلم.</p>

٣٦٢	<p>ليس الشافعي رَحْمَةُ اللَّهِ بِمَعْصُومٍ وَلَا أَحَدٌ مِنَ الْأَئِمَّةِ قَبْلَهُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ شَيْءٌ خُصَّ بِهِ الْأَنْبِيَاءُ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ، فَأَمَّا أَتْبَاعُهُمْ إِذَا تَكَلَّمُوا فِي الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ مِنْ طَرِيقِ الْجِتْهَادِ فَرُبَّمَا أَصَابُوا وَرُبَّمَا أَخْطَوْا، أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ: «إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِنْ اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»، فَلَمْ يُعَرِّيه مِنَ الْخَطَا فِي اجْتِهَادِهِ.</p>
٤٠٨	<p>ليس كُلُّ مَا أَتَى بِهِ الْخَبَرُ يُوجِبُهُ النَّظَرُ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ رُبَّمَا أَتَى النَّصُّ بِخِلَافِهِ وَرُبَّمَا أَتَى مُوَافَقًا لَهُ</p>



(فهرست القواعد والضوابط الفقهية)

٩٠	كُلُّ مُجْتَهِدٍ لَا يُكَلِّفُ أَكْثَرَ مِنْ اجْتِهَادِهِ.
١١١	<p>إِنَّ أَمْرَ الْمَنَاسِكِ وَمَا يَجِبُ فِيهَا الْجَزَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ:</p> <p>- ضَرْبٌ يَسْتَوِي فِيهِ الْعَامِدُ وَالنَّاسِي فِي وُجُوبِ الْكَفَّارَةِ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي الْمَعْصِيَةِ.</p> <p>- وَضَرْبٌ يَجِبُ فِيهِ الْكَفَّارَةُ إِذَا تَعَمَّدَ، وَأَمَّا إِذَا فَعَلَهُ نَاسِيًا لَمْ تَلْزَمْهُ كَفَّارَةٌ.</p>
١٢٤	<p>إِنَّ الْفَرَائِضَ:</p> <p>- مِنْهَا: مَا يُؤَدَّى فِي وَقْتِهَا، وَإِذَا فَاتَ وَقْتُه قُضِيَ.</p> <p>- وَمِنْهَا: مَا يُؤَدَّى فِي وَقْتِهَا، فَإِذَا فَاتَ لَمْ يُقْضَ.</p> <p>- وَمِنْهَا: مَا يُؤَدَّى فِي وَقْتِهَا وَقَبْلَ وَقْتِهَا.</p> <p>وَأَنَّ:</p> <p>- مِنَ الْفَرَائِضِ: مَا إِذَا فَاتَ كَانَ قِضَاؤُهُ مُضَيِّقًا لَا يَسَعُ التَّأْخِيرَ.</p> <p>- وَمِنْهَا: مَا إِذَا فَاتَ وَقْتُهَا كَانَ مُوسَّعًا لَهُ فِي التَّأْخِيرِ.</p> <p>- وَمِنْهَا: مَا إِذَا فَاتَ كَانَ وَقْتُ قِضَائِهِ مُثَبَّتًا فِي وَقْتٍ بَعِيْنِهِ كَأَصْلِهِ.</p> <p>- وَمِنْهَا: مَا إِذَا فَاتَ وَقْتُه لَمْ يُقْضَ وَجُعِلَ عَلَيْهِ بَدَلُ ذَلِكَ كَفَّارَةً فِي مَالِهِ أَوْ صِيَامًا عَلَى بَدَنِهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ.</p>
١٢٥	<p>الْفَرَائِضُ الْمُؤَقَّتَةُ أَصُولُ:</p> <p>- مِنْهَا: مَا يُمْكِنُ الْإِحَاطَةُ فِي مَعْرِفَةِ أَوْقَاتِهَا، فَمَنْ أُمْكِنَهُ الْإِحَاطَةُ فَاجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ كَانَتْ عَلَيْهِ الْإِعَادَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا مَشَقَّةَ عَلَيْهِ فِي اسْتِعْمَالِ الْإِحَاطَةِ حَتَّى يَكُونَ عَلَى يَقِينٍ مِنْ أَدَائِهَا.</p> <p>- وَمِنْهَا: مَا لَا طَرِيقَ إِلَى الْوُصُولِ إِلَى مَعْرِفَةِ أَوْقَاتِهَا إِلَّا بِالْاجْتِهَادِ.</p> <p>فَمَا كَانَ بِهَذَا الْوَصْفِ انْقَسَمَ:</p> <p>- فَمِنْهُ: مَا يَقَعُ الْاجْتِهَادُ فِيهِ عَامًّا وَلَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي وَقَعَ الْخَطَأُ فِيهِ، وَفِي إِجْبَابِ الْإِعَادَةِ عَلَيْهِمْ فِيهِ مَشَقَّةٌ وَضَرَرٌ، فَمَا كَانَ بِهَذَا الْوَصْفِ فَلَا إِِعَادَةَ عَلَيْهِ إِذَا وَقَعَ الْخَطَأُ فِيهَا.</p>

	<p>- وما كان من ذلك إنما يقع نادرًا، وإذا وقع فإنما يقع على خاص من الناس، والتحرُّز من وجه الخطأ فيه ممكن، وهو أمر لا يدوم ولا يطول، فما كان بهذا الوصف فعليه فيه الإعادة إذا تبيّن خطؤه.</p>
١٣٧	<p>إِنَّ حَكَمَ الْعُقُودِ رُبَّمَا يُعْلَمُ بِالْأَسَامِيِّ دُونَ الْمَعَانِي</p>
١٥٩	<p>إِنَّ الْمَعَانِيَ الْمَوْجِبَةَ لِفَسْخِ الْبَيْعِ عَلَى ضَرِيئَتَيْنِ: - ضَرْبٌ مِنْهُ حَدَثَ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ، لَمْ يَكُنْ فِي حَالِ الْعَقْدِ. - وَضَرْبٌ مِنْهُ كَانَ فِي الْعَقْدِ غَيْرَ أَنَّهُمَا لَمْ يَعْلَمَا بِهِ فَوْقَ التَّدْلِيلِ بِهِ.</p>
١٨٧	<p>إِنَّ كُلَّ نَهْيٍ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ بِمَعْنَى فِي السَّلْعَةِ أَوْ فِي ثَمَنِهَا فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ، وَكُلُّ نَهْيٍ دَخَلَ فِي ذَلِكَ مِنْ أَجْلِ غَيْرِهِمَا فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ.</p>
١٩٨	<p>إِنَّ أَفْعَالَ الْعَبْدِ وَعُقُودَهُ عَلَى ضُرُوبٍ: - فَمِنْ ذَلِكَ: مَا يَلْزَمُ رَقَبَتَهُ، تَبَاعٌ فِيهِ. - وَمِنْهُ: مَا يَلْزَمُ بَدَنَهُ، مِثْلُ حَدِّ يُقَامُ عَلَيْهِ، أَوْ طَرَفٌ لَهُ يُقَطَّعُ، وَإِنْ كَانَ فِي ذَلِكَ تَلَفٌ مَالٍ مَوْلَاهُ، وَلَا يُتَخَطَّى بَعْدَ رَقَبَتِهِ وَبَدَنِهِ إِلَى سَائِرِ مَالٍ مَوْلَاهُ. - وَمِنْهُ: مَا لَا تَبَاعُ فِيهِ رَقَبَتُهُ وَلَا يُتَلَفُ فِيهِ بَدَنُهُ، وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي ذِمَّتِهِ، يُتَّبَعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ. - وَمِنْهُ: شَيْءٌ يَلْزَمُ مَوْلَاهُ أَنْ يُؤَدِّيَ ذَلِكَ مِنْ رَقَبَتِهِ أَوْ مِنْ سَائِرِ مَالِهِ.</p>
٢٠٠	<p>لَيْسَ كُلُّ مَنْ لَهُ الرِّبْحُ فَعَلَيْهِ الْوَضِيعَةُ، وَلَا كُلُّ مَنْ عَلَيْهِ الْوَضِيعَةُ فَلَهُ الرِّبْحُ، بَلْ رُبَّمَا كَانَ الرِّبْحُ لَوَاحِدٍ وَالْوَضِيعَةُ عَلَى غَيْرِهِ.</p>
٢٠٤	<p>إِنَّ النِّهْيَ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مِنْ وَجْهِ: - مِنْهَا: فَسَادُ يَقَعُ فِي الْوَكَالَةِ. - وَمِنْهَا: أَسْبَابُ تَتَقَدَّمُ يَكُونُ النِّهْيُ مِنْ أَجْلِهَا. - وَمِنْهَا: شَرَائِطُ تَقَعُ فِي الْبَيْعِ يَقَعُ النِّهْيُ مِنْ أَجْلِهَا.</p>

	<p>- ومنها: لمعاني في البيع يَقَعُ مِنْ أَجْلِهَا، فَرُبَّمَا كَانَ ذَلِكَ لِمَعْنَى مِنَ الْبَائِعِ أو المشتري، لا لمعنى في السلعة، وَرُبَّمَا كَانَ ذَلِكَ لِمَعْنَى فِي السِّلْعَةِ أَوْ فِي ثَمَنِهَا، لَا فِي الْبَائِعِ وَلَا فِي الْمَشْتَرِي.</p> <p>وَلِكُلِّ وَجْهٍ مِنْ ذَلِكَ طَرِيقٌ، وَعَلَيْهِ دَلِيلٌ مِنَ الْكِتَابِ أَوْ السُّنَّةِ أَوْ دَلَالَةِ الْأَصُولِ تَدُلُّ عَلَى فُسَادِ الْبَيْعِ أَوْ عَلَى جَوَازِهِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بَعْضُ ذَلِكَ بِبَعْضٍ.</p>
٢٠٩	<p>لِلْعَتَقِ خُصُوصِيَّةٌ فِي أَحْكَامٍ لَا يُقَاسُ عَلَيْهَا غَيْرُهَا.</p>
٢١٢-٢١٥	<p>الْبَيْعُ إِذَا وَقَعَ النِّهْيُ فِيهَا فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ النِّهْيُ إِلَّا لِمَعْنَى مَعْرُوفٍ مَعْقُولٍ، وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ لِمَعْنَى فَقَدْ يَقَعُ النِّهْيُ مِنْ أَجْلِ مَعَانِي.</p> <p>- مِنْهَا: أَنْ يَتَقَدَّمَ سَبَبُ يَقَعُ النِّهْيُ عَنِ السَّبَبِ لَا عَنِ الْعَقْدِ، فَمَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ نَهْيًا عَنِ السَّبَبِ لَا عَنِ الْعَقْدِ فَالْعَقْدُ سَلِيمٌ وَهُوَ جَائِزٌ وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُحْظُورًا.</p> <p>- وَرُبَّمَا وَقَعَ النِّهْيُ عَنِ الْبَيْعِ لِمَعْنَى مَوْجُودٍ فِي حَالِ الْبَيْعِ، لَا قَبْلَهُ، فَمَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ لِمَعْنَى مَوْجُودٍ فِي حَالِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ يَنْقَسِمُ أَيْضًا:</p> <p>فَمِنْ ذَلِكَ: مَعْنَى فِي السِّلْعَةِ أَوْ الثَّمَنِ يُؤَدِّي فُسَادَهُ إِلَى دُخُولِ الْجَهْلِ فِي السِّلْعَةِ أَوْ فِي ثَمَنِهَا.</p> <p>وَمِنْهُ: مَا لَا يُؤَدِّي إِلَى الْجَهْلِ بِالسِّلْعَةِ وَلَا بِثَمَنِهَا، أَوْ يُؤَدِّي إِلَى الْجَهْلِ أَوْ الْغَرَرِ بِالْيَسِيرِ مِنْهَا.</p> <p>فَمَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَفْسُدِ الْبَيْعُ مِنْ أَجْلِ فُسَادِهِ؛ لِأَنَّهُ يَسِيرٌ، وَالْغَرَرُ الْيَسِيرُ يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ، وَمَا كَانَ لَا نِهَايَةَ لَهُ وَرُبَّمَا أَدَّى إِلَى الْكَثِيرِ وَرُبَّمَا أَدَّى إِلَى الْقَلِيلِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ.</p> <p>وَمِنْ النِّهْيِ فِي الْبَيْعِ: مَا لَمْ يَقَعْ لِمَعْنَى فِي السِّلْعَةِ وَلَا فِي ثَمَنِهَا، وَلَا لِغَرَرٍ فِي الْبَيْعِ، وَإِنَّمَا وَقَعَ لِمَعْنَى فِي الْبَائِعِ أَوْ فِي الْمَشْتَرِي أَوْ فِيهِمَا دُونَ السِّلْعَةِ وَالثَّمَنِ، فَمَا كَانَ مِنَ النِّهْيِ فِي الْبَيْعِ مِنْ أَجْلِ مَعْنَى فِي وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَايِعِينَ لَمْ يَنْقَسِخِ الْبَيْعُ مِنْ أَجْلِ.</p>

٢١٧	جعل الشافعي رَحْمَةُ اللَّهِ كُلَّ نِكَاحٍ صَحَّ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ نَهَى عَنْهُ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ، وَلَمْ يَقْسِمْ ذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ كَمَا قَسَمَ أَمْرُ الْبَيَاعَاتِ.
٢٢١	إِنَّ الْعُقُودَ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْإِجَارَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ إِنَّمَا تُجْرَى عَلَى مَا يُمَكِّنُ مِنْ دَفْعِ الْغَرَرِ، وَقَدْ يَبْطُلُ بَعْضُ الْعُقُودِ لَغَرَرٍ يُمَكِّنُ إِزَالَتَهُ بِلَا ضَرَرٍ، وَيَجُوزُ عَقْدُ فِيهِ مِنَ الْغَرَرِ أَكْثَرُ مَا فِي الْأَوَّلِ إِذَا لَمْ يُمْكِنِ إِزَالَةُ ذَلِكَ إِلَّا بِضَرَرٍ، فَيُفَرَّقُ بَيْنَ الْعَقْدَيْنِ وَهُمَا مُسْتَوِيَانِ فِي الْغَرَرِ، بَلْ قَدْ يَجُوزُ أَكْثَرُهُمَا غَرَرًا وَيَبْطُلُ أَقْلُهُمَا غَرَرًا لِاخْتِلَافِهِمَا فِي إِمْكَانِ إِزَالَةِ الْغَرَرِ بِلَا ضَرَرٍ.
٢٢٨	وَأِنَّمَا تُجْرَى الْعُقُودُ عَلَى مَا يُمْكِنُ إِنْفَاقُهَا مِنْ حَيْثُ يَكُونُ صَحِيحًا يُلْزَمُ، فَأَمَّا مَا لَا يَتِمُّ إِلَّا بِتَبَرُّعٍ مِنْ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِحِيلَةٍ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَسَامَحَةٌ، وَسَبِيلُ الْأَحْكَامِ أَنْ تُجْرَى عَلَى مَا تُوجِبُهُ الْأَصُولُ، وَإِنْ كَرِهَ صَاحِبُهُ، وَإِنْ لَمْ يَتَبَرَّعْ
٢٤٨	بُنِيَ أَمْرُ الْمَوَارِيثِ، عَلَى أَنَّهُ إِذَا قَوِيَ الْأَصْلُ قَوِيَ فَرْعُهُ، وَإِذَا ضَعُفَ الْأَصْلُ ضَعُفَ فَرْعُهُ؛ لِأَنَّ سَبِيلَ كُلِّ فَرْعٍ أَنْ يُعْتَبَرَ بِأَصْلِهِ.
٢٦٣	لَيْسَ جَمِيعُ الْمَعَانِي الَّتِي تُوجِبُ فُسْخَ عَقْدِ النِّكَاحِ مُوجِبَةً لِفُسْخِ النِّكَاحِ إِذَا حَدَّثَتْ بَعْدَ الْعَقْدِ، بَلْ: - مِنْهَا: مَا يُوجِبُ فُسْخَ النِّكَاحِ إِذَا وَجِدَ فِي حَالِ الْعَقْدِ وَإِذَا وَجَدَ بَعْدَ تَقَدُّمِ الْعَقْدِ. - وَمِنْهَا: مَا يُوجِبُ فُسْخَ النِّكَاحِ إِذَا وَجَدَ فِي حَالِ الْعَقْدِ، وَإِذَا سَلِمَ الْعَقْدُ مِنْهُ ثُمَّ حَدَثَ بَعْدَ الْعَقْدِ لَمْ يُوجِبْ ذَلِكَ فُسْخَ النِّكَاحِ.
٢٨٩	إِنَّ الْإِيمَانَ تُحْمَلُ عَلَى عُرْفِ النَّاسِ وَعَادَتِهِمْ فِي إِطْلَاقِهِمُ الْفَاضِلَ.
٢٩٧	إِنَّ الشَّيْءَ إِذَا لَمْ يَعْمَلْ فِي وَقْتِهِ لَمْ يَعْمَلْ فِي ثَانِيٍّ بَعْدَ مُضِيِّهِ، وَإِنَّ الْعَقْدَ إِذَا لَمْ يَصِحَّ فِي وَقْتِهِ لَمْ يَصِحَّ فِيمَا يَخْدُثُ فِي ثَانِيٍّ.

٣٠١	العقودُ يُؤكَّدُ ابتداءُها ما لا يُؤكَّدُ مُتَعَقِّبُها، وكذلك الفرائضُ قد أُكِّدَ عُقُودُها وابتداءُها بما لم يُؤكَّدَ به مُتَعَقِّبُها.
٣٦١ و ٣٦٥	قول المزي: جعل الشافعي رَحِمَهُ اللهُ الأحكامَ مُعْتَبَرَةً بِفَاعِلِهَا.
٣٧٤	قول المزي: «إِنَّ أَصْلَ الشَّافِعِيِّ أَنَّ الْأَحْكَامَ بِفَاعِلِهَا» = صحيحٌ فيما كان من حقوقِ الله، فأما حقوقُ الْآدَمِيِّينَ فمخالِفٌ لذلك.
٣٧٥	حقوقُ الله يَدْخُلُ بعضها في بعضٍ، وحقوقُ الْآدَمِيِّينَ لا يَدْخُلُ بعضها في بعضٍ.
٣٧٧	[الشافعية] لا ينظرون في الحكمِ إلى الظَّنِّ ولا إلى ما يُشَبِّه في الوهمِ.
٣٨٩	ليس الشافعي ممن يَحْكُمُ بِتُهْمَةٍ ولا بظنٍّ، وإنَّما يَحْكُمُ بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، فإن أوجب الكتابُ في موضعٍ استعمالَ التُّهْمَةِ اسْتَعْمَلَ، وإن نَفَى الكتابُ اسْتِعْمَالَ التُّهْمَةِ لم يَسْتَعْمِلْ، وإنَّما يَتَّبِعُ في أحكامِهِ الدَّلِيلَ، فإن أوجب الدَّلِيلُ الْجَمْعَ جَمَعَ، وإن أوجبَ الْفَرْقَ فَفَرَّقَ.
٤٠٤	ما يجبُ الْقِصَاصُ فيه وَيَكْمُلُ أرْشُهُ فعلى ضربين: ضربٌ يَجِبُ فيه أرْشٌ كَامِلٌ، ثُمَّ يُقَسَّطُ الْأَرْشُ على أُبْعَاضِهِ، فَمَنْ أَخَذَ بَعْضًا أَخَذَ مِنْهُ بِقَدَرِهِ، كأصابعِ اليَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ يُقَسَّمُ أرْشُهُمَا على أعدادِ الأصابعِ، وكذلك كُلُّ إصْبَعٍ يُقَسَّمُ أرْشُهُ على أُنَامِلِهِ، وكذلك الْأُذُنَانِ فِيهِمَا الدِّيَةُ، وفي كُلِّ واحدةٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ، فما أَمَكَّنَ فِيهِ التَّبْعِيضُ قُسِّطَ على أُبْعَاضِهِ. وضربٌ تَجِبُ فِيهِ الْفِدْيَةُ وَلَا يَحْتَمِلُ التَّبْعِيضُ، فَلَا تُقَسَّطُ الدِّيَةُ على أُبْعَاضِهِ، فَتَكُونُ فِي الْجَمِيعِ الدِّيَةُ، وفي بَعْضِهِ حُكُومَةٌ على قَدَرِ الاجْتِهَادِ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ ذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ، وَلَا تَسَاوَى أُبْعَاضُهُ، كَالْعَقْلِ فِيهِ الدِّيَةُ، وفي بَعْضِهِ حُكُومَةٌ؛ لِأَنَّ التَّقْسِيطَ فِي ذَلِكَ غَيْرُ مُمْكِنٍ.

	<p>وكذلك يَجْرِي أَمْرُ الْقَصَاصِ فِي الْأَطْرَافِ أَنَّ ذَلِكَ عَلَى ضَرِيَيْنِ: ضَرْبٌ يَكُونُ الْقَصَاصُ فِي جَمِيعِهِ وَفِي أِبْعَاضِهِ، كَالْيَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ. وَضَرْبٌ يَكُونُ فِيهِ الْقَصَاصُ وَلَا يُفَكِّنُ ذَلِكَ فِي أِبْعَاضِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ التَّبْعِيضَ، وَلَا يُضْبَطُ فَيَجِبُ الْقَصَاصُ فِي جَمِيعِهِ.</p>
٤١٤	<p>إِنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ خُصَّ الْيَمِينُ مِنْ أَجْلِ الْعُرْفِ إِذَا اشْتَرَطَ صَاحِبُهُ لَفْظًا أَوْ نِيَّةً أَنَّ مَا خَرَجَ عَنِ الْعُرْفِ دَاخِلٌ فِي يَمِينِهِ فَهُوَ دَاخِلٌ، وَإِنَّمَا يَخْرُجُ إِذَا أَطْلَقَ اللَّفْظَ، فَأَمَّا إِذَا نَصَّ عَلَيْهِ خَالَفَ لَفْظُهُ الْعُرْفَ، وَاللَّفْظُ إِذَا خَالَفَ الْعُرْفَ فَاللَّفْظُ هُوَ الْمَعْمُولُ عَلَيْهِ.</p>



(جدول مصادر التحقيق^(١))

- ١ - أحكام القرآن للشافعي، تحقيق أبي عامر عبد الله شرف الدين الداغستاني، طبعة دار آفاق المعرفة.
- ٢ - أدب الفتوى وشروط المفتي وصفة المستفتي وأحكامه وكيفية الفتوى والاستفتاء لابن الصلاح، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، طبعة مكتبة الخانجي.
- ٣ - أربع رسائل في الاجتهاد والتجديد للإمام جلال الدين السيوطي، تحقيق أبي عامر عبد الله شرف الدين الداغستاني، طبعة دار مدارج.
- ٤ - الإرشاد للخليلي، تحقيق محمد سعيد بن عمر إدريس، طبعة مكتبة الرشد.
- ٥ - الأنساب للسمعاني، تحقيق عبدالرحمن المعلمي اليماني وآخرين، طبعة دائرة المعارف العثمانية - حيدر أباد.
- ٦ - الإنتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء لابن عبد البر، تحقيق عبد الفتاح أبي غدة، طبعة البشائر الإسلامية.
- ٧ - البصائر والذخائر لأبي حيان التوحيدي، تحقيق وداد القاضي، طبعة دار صادر.
- ٨ - تاريخ الإسلام للذهبي، تحقيق بشار عواد معروف، طبعة دار الغرب الإسلامي.
- ٩ - تاريخ بغداد للخطيب، تحقيق بشار عواد معروف، طبعة دار الغرب الإسلامي.
- ١٠ - التلخيص الحبير للحافظ العسقلاني، طبعة دار أضواء السلف.
- ١١ - تهذيب الأسماء واللغات للنووي، تحقيق عبده علي كوشك، طبعة دار الفيحاء ودار المنهل ناشرون - دمشق.
- ١٢ - الجواهر والدرر في ترجمة شيخ الإسلام ابن حجر للسخاوي، تحقيق إبراهيم باجس عبد المجيد، طبعة دار ابن حزم.

(١) لم أذكر كتب السنة الستة المشهورة المعتمدة أرقامها.

- ١٣- الرسالة للإمام الشافعي، تحقيق أحمد شاكر، طبعة مصطفى البابي الحلبي.
- ١٤- روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي، تحقيق زهير الشاويش، طبعة المكتب الإسلامي.
- ١٥- روضة المنتهى لأبي الطيب الطبري. (مخطوط).
- ١٦- سير أعلام النبلاء للذهبي، طبعة مؤسسة الرسالة.
- ١٧- طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي، تحقيق محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، طبعة دار إحياء الكتب للحلبي.
- ١٨- طبقات الشافعية الوسطى لابن السبكي. (مخطوط).
- ١٩- طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة، تحقيق الحافظ عبد العليم خان، طبعة عالم الكتب.
- ٢٠- طبقات الشافعية لابن كثير، عبد الحفيظ منصور، طبعة دار المدار الإسلامي.
- ٢١- طبقات الشافعية للإسنوي، تحقيق عبد الله الجبوري، طبعة دار العلوم.
- ٢٢- طبقات الفقهاء لأبي إسحاق الشيرازي، تحقيق إحسان عباس، طبعة دار الرائد العربي.
- ٢٣- طبقات الفقهاء الشافعية لأبي عاصم العبادي. نشرة مكتبة الثقافة الدينية.
- ٢٤- طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح، تحقيق محيي الدين علي نجيب، طبعة دار البشائر الإسلامية.
- ٢٥- العزيز شرح الوجيز للرافعي، طبعة دار الكتب العلمية.
- ٢٦- الفهرست للنديم، تحقيق أيمن فؤاد سيد، طبعة مؤسسة الفرقان.
- ٢٧- مجرد مقالات أبي الحسن الأشعري لابن فورك، تحقيق دانيال جيماريه، طبعة دار المشرق.

- ١- المصنف شرح المذهب للذوي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، طبعة مكتبة المزارع.
- ٢- المختصر للمري، تحقيق أبي عامر عبد الله شرف الدين الداغستاني، طبعة دار مدارج.
- ٣- مختصر اختلاف العلماء للجصاص، تحقيق عبد الله نذير أحمد، طبعة دار البشائر الإسلامية.
- ٣١- المصنف لابن أبي شيبة، تحقيق محمد عوامة، طبعة دار القبلة.
- ٣٢- المصنف لعبد الرزاق، الطبعة الثانية لدار التأصيل.
- ٣٣- المغني في الإنباء عن غريب المذهب والأسماء لابن بائش، تحقيق مصطفى عبد الحفيظ سالم، طبعة المكتبة التجارية بسكة المكرمة.
- ٣٤- مغني التلييب عن كتب الأعاريب لابن هشام، تحقيق فخر الدين قباوة، طبعة دار اللباب.
- ٣٥- المذهب للشيخ أبي إسحاق الشيرازي، تحقيق محمد الزحيلي، طبعة دار القلم.
- ٣٦- المهدات في شرح الروضة والرافعي، تحقيق أبي الفضل الدميضي، طبعة دار ابن حزم.
- ٣٧- النجاة الوهاج في شرح المنهاج للدميري، طبعة دار المنهاج.
- ٣٨- وفيات الأعيان لابن خلكان، تحقيق إحسان عباس، طبعة دار صادر - بيروت.



(فهرست الموضوعات والمسائل)

الخطبة.....	٧
قسم الدراسة.....	١١
الباب الأول في ذكر ترجمة أبي إسحاق المروزي.....	١٣
○ الاسم والنسب والنسبة.....	١٣
○ ولادته.....	١٤
○ تفقهه في مَرُو.....	١٦
○ رحلته إلى بغداد وتفقهه بها.....	١٦
○ رياسته في العلم ومشيوخه.....	١٦
○ تحوله إلى مصر.....	٢٣
○ محتته في السنة.....	٢٥
○ بلوغه رتبة الاجتهاد المطلق.....	٢٥
○ لحنه في العربية.....	٢٦
○ وفاته.....	٢٧
○ آثاره ومؤلفاته.....	٢٧
○ تلاميذه وأصحابه.....	٢٩
الباب الثاني في الكلام على كتاب التوسط.....	٣٣
○ تحرير العنوان.....	٣٣
○ تحقيق النسبة.....	٣٤
○ موضوع الكتاب واستمداده وأسلوبه.....	٣٨

الباب الثالث في ذكر قصة اعتراضات المزي على الشافعي..... ٤٥

○ حقيقة اعتراضات المزي على الشافعي ٤٥

○ أسباب اعتراضات المزي على الشافعي ودوافعه ٤٨

○ موقف الأصحاب الشافعية من اعتراضات المزي ٥٢

○ مظان اعتراضات المزي على الشافعي وأجوبتها ٥٦

○ تعقيب..... ٥٧

الباب الرابع في ذكر دائرة معارف كتاب التوسط..... ٦٠

○ تخريج الفروع على مسائل أصول الفقه ٦٠

○ علم القواعد والضوابط الفقهية ٦١

○ علم الفروق والأشباه والنظائر ٦١

○ علم علل الأحكام ومقاصد الشريعة ٦٢

○ علم الاستنباط والاجتهاد من النصوص الشرعية ٦٢

○ علم أدلة الأحكام من الآيات والسنن ٦٣

الباب الخامس في بيان عملي في تحقيق الكتاب..... ٦٥

نماذج من صور المخطوط ٧٢

قسم التحقيق..... ٧٥

(١) مسألة قتل الصيد المملوك للمحرّم ٧٧

(٢) مسألة الخطأ في يوم عرفة ٨٣

(٣) مسألة حجّ الصبي يبلغ والمملوك يعتق ١٠٧

(٤) مسألة وطئ المحرّم ثانياً ١١٣

(٥) مسألة الخطأ في يوم عرفة ١٢٢

١٣١.....	مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ
١٣١.....	(٦) مسألة السلف جزافاً.....
١٤٦.....	(٧) مسألة السلم دون قبض الثمن.....
١٤٩.....	(٨) مسألة بيع الرطب بالرطب.....
١٥٧.....	(٩) مسألة اختلاف المتبايعين في الثمن.....
١٦٧.....	(١٠) مسألة الرجوع بقيمة العيب بعد تلف المبيع.....
١٧٢.....	(١١) مسألة حدوث عيب جديد على عيب قديم.....
١٧٨.....	(١٢) مسألة باع عبيدين وقبض نصف الثمن ومات أحد العبيدين.....
١٨٣.....	(١٣) مسألة الشرط الفاسد.....
١٩٣.....	(١٤) مسألة حلف أن لا يشتري فاشترى شراء فاسداً.....
١٩٦.....	(١٥) مسألة أمة العبد المأذون له في التجارة.....
٢٠٢.....	مِنْ كِتَابِ الرَّهْنِ
٢٠٢.....	(١٦) مسألة بيع الرهن بشرط إعطاء الثمن للمرتهن.....
٢١٨.....	كِتَابُ الضَّمَانِ
٢١٨.....	(١٧) مسألة ضمان الوجه.....
٢٢٥.....	كِتَابُ الْقِرَاضِ
٢٢٥.....	(١٨) مسألة القراض على شرط معونة الغلام.....
٢٢٨.....	(١٩) مسألة حيلة القراض بمال مضمون.....
٢٣٠.....	كِتَابُ الشُّفْعَةِ
٢٣٠.....	(٢٠) مسألة النقص العارض في الشفعة.....

كِتَابُ الْفَرَائِضِ ٢٣٤

(٢١) مسألة الجَدِّ ٢٣٤

(٢٢) مسألة التعريض بالقذف ٢٥٣

(٢٣) مسألة نذر الصوم بمكة ٢٥٦

(٢٤) مسألة إن صليت أو حججت أو كلمت فلانا فله علي أن أصوم عشرة ٢٥٧

(٢٥) مسألة الوصية للفقراء والمساكين ٢٥٨

(٢٦) مسألة الوصية لفقراء أهل مصر أو بني تميم ٢٥٩

كِتَابُ الْفُرُوجِ ٢٦١

(٢٧) مسألة عيوب النكاح المثبتة للخيار ٢٦١

(٢٨) مسألة نكاح المجوسية ٢٧٢

(٢٩) مسألة ولد الأمة إذا أتت به بعد الاستبراء ٢٧٧

(٣٠) مسألة إنكاح البكر البالغة ٢٨٠

(٣١) مسألة إذا وهبت له صداقها ثم طلقها قبل أن يمسه ٢٨٤

(٣٢) مسألة إذا آلى من امرأته ثم جن فأصابها مجنوناً ٢٨٧

(٣٣) مسألة من تزوج امرأة نكاحاً فاسداً فوطئها مرارا ٢٩٢

(٣٤) مسألة الرجل يتزوج المرأة فيولدها ثم يشتريها ٢٩٦

(٣٥) مسألة رجل زوج أمته من رجل بصداق ثم باعها أو قتلها ٣٠٤

(٣٦) مسألة طلاق السكران ٣١٣

(٣٧) مسألة الرجوع في شهادة الطلاق ثلاثاً ٣٣٠

(٣٨) مسألة الرجل يشتري أمة فيولدها ثم تستحق ٣٣٧

- (٣٩) مسألة معنى الغاية بـ «إلى» ٣٥٠
- (٤٠) مسألة القاتل المتعمد يشركه خاطئ ٣٦١
- (٤١) مسألة قذف الرجل امرأته برجل بعينه ٣٦٥
- (٤٢) مسألة ملك العبد وذمته وغرمه ٣٧٦
- (٤٣) مسألة التشريك في الظهار ٣٩٣
- (٤٤) مسألة تزويج الصغيرة التي ذهبت عذرتها ٣٩٤
- (٤٥) مسألة متعة المطلقة وعطية المكاتب في مال المتوفى ٣٩٥
- (٤٦) مسألة إذا قال: أول من يحج عني فله مئة دينار ٣٩٨
- (٤٧) مسألة القسامة إذا كانت نائرة أو عداوة ٤٠٠
- (٤٨) مسألة القدمين لا يقال لواحدة منهما: إنها قدم دون الأخرى في الحكومة
والقصاص ٤٠٢
- (٤٩) مسألة ذكاة الجنين ذكاة أمه ٤٠٧
- (٥٠) مسألة من حلف على فعل شيء مطلقاً فأكرهه أو فعله ناسياً ٤١٢
- الفهارس العامة ٤١٧
- فهرست القواعد الأصولية ٤١٩
- فهرست القواعد والضوابط الفقهية ٤٢٦
- جدول مصادر التحقيق ٤٣٢
- فهرست الموضوعات والمسائل ٤٣٥

